

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'ABUS DU DROIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mardi 3 juin 1913, à 1 h. 1/2

PAR

Antoine BARDESCO

Président : M. CAPITANT, Professeur

Suffragants { *MM. MASSIGLI, Professeur*
PIÉDELIÈVRE, Professeur

PARIS (V^e)

V. GIARD & BRIÈRE

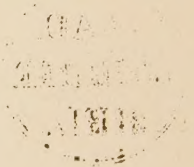
LIBRAIRES-ÉDITEURS

8, rue Soufflot et 12, rue Toullier

1913

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'ABUS DU DROIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mardi 3 juin 1913, à 1 h. 1/2

PAR

Antoine BARDESCO

Président : M. CAPITANT, Professeur

Suffragants { *MM. MASSIGLI, Professeur*
PIÉDELIÈVRE, Professeur



PARIS (V^e)

V. GIARD & BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

8, rue Soufflot et 12, rue Toullier

—
1913



Digitized by the Internet Archive
in 2026

L'ABUS DU DROIT

INTRODUCTION

La théorie de l'abus du droit est l'une des idées juridiques qui ont suscité le plus de discussions dans ces dernières années.

Notre premier soin doit être d'en donner, dès maintenant, une formule qui facilitera l'intelligence des considérations développées au cours de cette étude.

La notion d'abus du droit présente une analogie frappante avec celle du détournement de pouvoir en droit administratif. Un administrateur ne peut pas se servir de ses pouvoirs, de sa fonction, en vue d'un but quelconque, mais seulement en vue de l'objectif pour lequel la puissance publique les lui a conférés.

Les droits appartenant à des particuliers peuvent être, eux aussi, considérés comme des fonctions ; le pouvoir social les leur a attribués en vue d'une fin déterminée ; détournés de leur but, ces droits n'ont plus de raison d'être et ils deviennent un danger social. Celui

permission légale, s'en sert d'une manière opposée à sa fin, commet un abus et cet abus engendre la responsabilité.

Telle est l'idée générale qui se dégage d'un grand nombre de décisions judiciaires. Les tribunaux n'admettent pas qu'un droit, quel qu'il soit, puisse se réaliser antisocialement contrairement à sa finalité. Ils ont appliqué, en maintes matières, l'idée de l'exercice abusif des droits et ils ont considéré cet abus comme générateur de responsabilité.

L'abus du droit a donc place dans nos institutions. L'expérience démontre que toutes les résistances opposées à la pratique par les théories ont été inutiles. « On ne saurait, avec des mots, dit M. Josserand (1) arrêter l'essor d'un mouvement jurisprudentiel. C'est qu'un tel mouvement a toujours des raisons profondes, supérieures aux arguments de texte et aux adages, même les plus antiques ; c'est qu'il répond invariablement à des considérations morales, à des nécessités sociales d'une ampleur et d'une intensité telles que toute résistance est condamnée à demeurer vaine. Qui donc songerait aujourd'hui à s'insurger contre la théorie de l'assurance sur la vie au profit d'autrui, ou contre la personnalité des sociétés, ou encore contre l'ingénieux procédé des astreintes ? Chacun comprend que ce serait peine perdue

1. Josserand, *De l'abus des droits*, p. 17 et 18.

et qu'aucun raisonnement ne peut prévaloir contre une réalité. »

Nous souscrivons pleinement à ces judicieuses remarques. Mais il n'en résulte pas que notre étude doive se borner à une classification méthodique des arrêts qui ont consacré, dans les matières les plus diverses, la conception de l'abus du droit.

Le rôle des jurisconsultes nous paraît être double, il doit faire œuvre à la fois descriptive et critique.

En premier lieu il lui incombe d'observer et de décrire la réalité juridique ; cette réalité est immense ; elle comprend non seulement la formule légale, mais la masse des décisions judiciaires qui l'adaptent aux nécessités quotidiennes en conformité avec les besoins de la conscience sociale.

Mais là ne s'arrête pas la tâche du théoricien du droit. Lorsqu'il a observé une institution juridique, dans la législation et dans la jurisprudence, il lui reste à en faire la critique. Il ne saurait s'agir, bien entendu, d'une critique imaginaire et sentimentale, mais bien d'une critique scientifique consistant à relier l'institution à l'ensemble des autres et marquer sa place dans l'évolution générale du droit. Au surplus, le droit étant une science de pratique, destinée essentiellement à faire vivre les hommes en société, le juriste devra apprécier les institutions au point de vue de l'utilité sociale.

Les considérations précédentes expliquent la méthode

que nous nous proposons de suivre dans cette étude.

Nous sommes en présence de la théorie de l'abus du droit. Notre travail, pour être complet, doit d'abord décrire, puis critiquer cette théorie.

Les auteurs qui ont présenté la théorie de l'abus du droit, principalement MM. Saleilles, Charmont, Josserand, l'ont regardée comme une théorie de formation jurisprudentielle. Ils ont eu raison. C'est la pratique qui a déterminé la théorie, loin que celle-ci ait déterminé les solutions de la pratique.

Ainsi que l'a dit M. Josserand (1), « c'est la masse des décisions judiciaires qui constitue la réalité dont on ne peut s'abstraire, l'organisme qui s'offre à l'étude du jurisconsulte et dont il ne saurait prétendre commander l'évolution ».

La formation de notre théorie dans la jurisprudence moderne méritera de retenir longuement notre attention.

Mais là ne se bornera pas notre tâche descriptive. Si la conception de l'abus du droit s'est particulièrement développée de nos jours, cela ne veut pas dire qu'elle ait été ignorée autrefois. Nous aurons donc à marquer ses traces dans le droit romain, dans l'ancien droit et dans le Code civil.

D'autre part, il nous faudra rechercher dans quelle mesure la notion d'abus du droit se trouve consacrée

1. *Loc. cit.*, p. 18.

par les législations modernes, surtout par les plus récentes.

Enfin, il sera nécessaire d'analyser la théorie en elle-même, telle qu'elle se dégage aujourd'hui de l'ensemble des décisions judiciaires.

Toutes ces recherches constitueront un travail d'observation. Elles seront l'objet d'une *première partie* (descriptive) que nous intitulerons : *la Formation de la théorie* et qui sera ainsi divisée :

CHAPITRE PREMIER. — *L'idée de l'abus du droit jusqu'au Code civil.*

CHAPITRE II. — *La jurisprudence.*

CHAPITRE III. — *Les législations étrangères.*

CHAPITRE IV. — *Analyse de la théorie.*

Lorsque nous connaissons la théorie de l'abus du droit, nous aurons à l'envisager au point de vue critique.

Nous nous demanderons si elle est conforme à l'évolution des idées et des faits juridiques, spécialement en matière de responsabilité ; si elle est logiquement admissible en elle-même ; si, enfin, sa mise en œuvre ne comporte pas d'inconvénients.

Cette *seconde partie* (critique) comprendra les chapitres suivants :

CHAPITRE PREMIER. — *La socialisation du droit.*

CHAPITRE II. — *Évolution de la théorie générale de la responsabilité.*

CHAPITRE III. — *Réponse aux objections.*

PREMIÈRE PARTIE

LA FORMATION DE LA THÉORIE

On peut dire que l'idée de l'abus du droit a été constante dans l'histoire des législations, mais que cette conception, d'abord latente en quelque sorte, s'est peu à peu précisée et développée à mesure que la complication des relations sociales en rendait l'application plus nécessaire.

Très visible dans le droit romain et dans l'ancien droit, mais encore embryonnaire, cette notion, qui n'est pas formulée dans le Code de 1804, inspire cependant un certain nombre de ses dispositions. Elle acquiert toute son importance dans la jurisprudence moderne et nous la voyons formellement consacrée par quelques législations actuelles.

Esquissons cette formation de la théorie depuis le droit romain jusqu'au point où elle est parvenue à l'heure présente.

CHAPITRE PREMIER

L'IDÉE D'ABUS DU DROIT JUSQU'AU CODE CIVIL

1° *Droit romain*

L'idée d'autorité est comme le prisme à travers lequel le droit romain considère l'individu. Dans la famille, le père détient une autorité considérable ; il est maître des esclaves ; le fils peut être vendu et voit le *jus vitæ necisque* suspendu sur sa tête ; l'épouse est sans droit ni biens. C'est sous le même aspect que nous apparaît le droit des choses et des obligations. Le propriétaire, le créancier sont munis de pouvoirs presque illimités ; le débiteur peut être vendu comme esclave ou partagé entre les créanciers. Tel est le tableau d'ensemble du droit romain, du moins dans sa période primitive.

Quand on voit un même homme posséder tant de pouvoirs, on ne peut s'empêcher de penser que le premier état du droit romain devait être éminemment favorable à l'abus du droit. Cependant il faut se dégager des formules abstraites qui ne donnent qu'une bien pâle image

de la réalité des institutions. Possible théoriquement, l'abus était irréalisable en fait parce que la liberté trouvait dans la vie sa mesure et la sanction de cette mesure. Ihering, dans *l'Esprit du droit romain* (1) a décrit le fonctionnement pratique des institutions romaines; il a montré que les usages étaient assez forts pour combler les lacunes de la loi et pour contenir la liberté absolue proclamée par le droit abstrait. La censure et l'infamie, les tribunaux populaires étaient des moyens de contrainte, remplaçant avec succès la contrainte légale.

Les Romains savaient user de leurs droits *civiliter*. Cicéron, l'un des plus purs représentants du génie latin, proclame que le *summum jus* est la *summa injuria* (2). Térence s'exprime presque dans le même langage : *Jus summum*, dit-il, *sæpe summa malitia* (3). Les jurisconsultes ne mettent pas en doute que l'application strictement logique d'un droit est injuste (4).

C'est l'usage qui maintient ainsi dans de justes limites

1. Notamment, t. II, p. 134.

2. Cicéron, *De Officiis*, I, 10. Le grand orateur parle déjà le langage qu'approuverait aujourd'hui un partisan de la solidarité sociale : « *Homines hominum causa esse generatos, ut ipsi inter se, aliis alii prodesse possent.* »

3. *Heautontimoroumenos*, IV, 5, 48. — Cf. col. de R. R., 7, 2, *summa cruz*. — Ulpien, D., 3, 24, 10 « *nec ignotum est quod multa contra juri vigorem sint constituta* ».

4. Gaïus, D., 41, 17, 5, *Stricta ratio*, la stricte logique doit être omise en face de l'intérêt public. — Papinien, D., 11, 7, 43. — Julien, D., 28, 2, 13, *pr.* condamne ce qu'il appelle *regulæ subtilis juris*.

l'exercice des droits. Sans doute l'usage est imparfait, mais son imperfection même fait son avantage (1). Son action est seule possible quand une règle de droit doit être en général observée, mais que la possibilité d'une déviation motivée de celle-ci doit rester ouverte. Les droits peuvent être considérés comme des formes vides qui sont remplies par la volonté de celui qui agit. Ils se présentent dans chaque cas sous des aspects différents. La loi ne peut entrer dans l'appréciation et le détail de chaque espèce. En outre, l'usage est un agent fécond de transformation.

On peut affirmer avec M. Josserand que l'évolution des institutions juridiques romaines se résume dans la notion d'abus du droit (2). L'adoucissement constant du droit du père (3), du droit du maître sur les esclaves (4) est un fait trop connu pour que nous y insistions. Le père ne peut plus, sans un motif légitime, s'opposer au mariage de son enfant (5). Il ne peut plus, sans motif, l'exhérer. Le droit d'exhérédation était à l'origine illimité comme la puissance même du *paterfamilias*. Mais, bientôt, grâce à la théorie coutumière de l'inefficacité, ce droit ne peut être exercé qu'en vertu d'une

1. Ihering, *Esprit du droit romain*, II, 272.

2. *De l'abus des droits*, p. 11.

3. D. 27. 5. 12 ; D. 48. 2. 8 ; D. 18. 42. 1.

4. D. 48. 1. 28.

5. D. 23. 2. 19.

raison plausible. Dans le dernier état du droit romain, Justinien dressa une liste des justes causes d'exhérédation.

Ce fut, dit M. Jossierand (1), l'application romaine la plus symptomatique de la conception de l'abus des droits. « Lorsqu'ils édifièrent cette théorie de l'inefficacité, les centumvirs ne firent autre chose que proclamer la possibilité d'abus du droit d'exhérédation; ils limitèrent ce droit par des frontières subjectives, et la remarque est d'autant plus curieuse que le législateur français ne connaît rien de pareil. Les limitations apportées, sinon par nos tribunaux, du moins par la loi, au droit de disposer à titre gratuit, sont purement objectives; les mobiles qui dictent au testateur ses dernières volontés sont, en principe, indifférents : sur ce point c'est donc un recul que la notion de l'abus des droits a subi depuis Rome. »

Mais il ne suffit pas de noter l'influence exercée par l'idée d'abus du droit sur le développement général du droit romain.

Il est très intéressant de montrer comment cette notion a été particulièrement mise en lumière et en œuvre dans certains textes. Suivant ceux-ci, c'est l'intention de nuire qui caractérise l'abus du droit (2).

1. Jossierand, *loc. cit.*, p. 11.

2. Les jurisconsultes italiens appellent les actes inspirés par la malice : « *atti emulativi* » Ancona (cité par Tedeschi, thèse Torino, p. 18) définit

Certains fragments font allusion aux abus du droit de propriété. Sans doute l'exercice de ce droit est libre, mais il n'est pas permis de l'exercer avec l'intention de nuire à autrui. C'est ainsi qu'Ulpien (L. I, § 12, Dig., 39, 3) permet au propriétaire de couper la source du voisin par des fouilles pratiquées sur son fonds « *qui in suo fodiens vicini fontem avertit* », et refuse l'action de dol contre lui, mais à une condition « *si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit* ». Le droit de propriété engage donc la responsabilité de son titulaire s'il vient à être exercé malicieusement. C'est une limitation d'ordre subjectif, psychologique, que le jurisconsulte apporte à la réalisation pratique du *dominium ex jure quiritium* (1).

Lorsqu'il y a empiètement sur la sphère juridique du voisin, la question est de savoir s'il y a lieu à responsabilité, et, pour la résoudre, on se demande si l'acte litigieux est ou non une conséquence nécessaire de la conduite ordinaire de la vie.

Ainsi un texte du Digeste (8,9) contient cette règle : « *In suo hactenus facere licet, quatenus in alienum*

ces actes ainsi : « L'executione di atti che normalmente entrerebbero nella sfera di diritto di colui che li compie, il quale ad essi addiuvino senza o con piccolissima sua utilità e con l'unico scopo di nuocere ad altri », c'est-à-dire des actes qui rentreraient normalement dans la sphère du droit, mais qui sont accomplis sans véritable utilité et dans la seule intention de nuire à autrui.

1. Jossierand, *loc. cit.*, p. 11.

immittat, fumi autem sicut aquæ esse immissionem. »

Mais, dans le paragraphe qui suit, Ulpien remarque que cette règle s'applique seulement quand il y a *fumum non gravem*. Ihring (1) écarte l'interprétation qu'on pourrait être tenté de fournir, à savoir que *l'immissio* n'est constituée seulement que par une production excessive de fumée. Pour lui il faut distinguer parmi les actes qui portent atteinte à la sphère juridique du voisin, deux catégories : ceux qui n'excèdent pas la mesure de ce qui est supportable et que chacun doit compenser avec les actes qu'il fait lui-même ; ceux qui, se rattachant à certaines professions spéciales, ou à une existence plus raffinée, ne mettent pas les voisins en position de compenser les avantages avec les désavantages.

Ihering fortifie son interprétation par des textes très précis. Le voisin n'est pas obligé de souffrir la chute des éclats de pierre qui viennent d'une carrière voisine (2), car tout le monde n'a pas une carrière. Le voisin n'est pas non plus obligé de supporter les vapeurs d'eau du bain de son voisin (3), parce que la possession d'un bain excède les limites d'une existence bourgeoise ordinaire.

Les Romains ont donc nettement appliqué la conception de l'abus du droit en matière de droit de propriété.

Une autre application de cette idée se remarque dans

1. *Des restrictions de la propriété foncière*, p. 137 et 138.

2. Dig., 5, 8, 5.

3. Dig., 8, 5, 8, 7.

la procédure (1). On sait que les plaideurs doivent prêter serment d'agir et de défendre de bonne foi. C'est le *jus jurandum calomniæ*. Le défendeur est admis à prouver la mauvaise foi de la demande en intentant contre le demandeur le *judicium calomniæ*, inversement si le défendeur s'oppose injustement à la demande, il sera frappé d'une condamnation double en certains cas, et, parfois même, puni de l'infamie (2). Ainsi en était-il dans le système classique. Plus tard les choses se modifièrent. Ce que Ihering appelle les « injustices de procédure » (3) étaient bien punies, mais celui qui avait résisté de mauvaise foi et celui qui avait cru en son bon droit étaient également frappés (4). Dans son dernier état le droit romain ne punit plus que la mauvaise foi, conformément à l'idée qu'il n'y a point de peine sans faute.

En résumé, la notion d'abus du droit fut loin d'être absente du droit romain. C'est elle qui a inspiré l'évolution des institutions juridiques de Rome, l'effort contenu dans la jurisprudence prétorienne, la création de ces procédés de perfectionnement juridique qu'on appelle

1. Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, n° 974.

2. *Institutes* de Justinien, livre IV, titre XVI : *de pœna temere litigantium*.

3. Ihering, *De la faute*. Trad. Meulanaere. Paris, 1880, p. 15.

4. C'était : la perte du *sacramentum*, le paiement du double des fruits, si *vinidiciam falsam tulit*, la peine du double, *ubi lis infitendo crescit in duplum*, la *sponsio pœnalis* et la *restipulatio*, la perte du procès en cas de plus *petitio*.

l'action paulienne, l'exception de dol, les diverses restitutions. De plus, en dehors de cette influence générale, nous avons constaté, dans des textes particuliers, une application positive de l'idée d'exercice abusif des droits à des espèces données.

Avec Celse, le jurisconsulte élégant, nous pouvons conclure : *malitiis non est indulgendum* (1).

2^o Ancien droit français

Il est facile de retrouver dans l'ancienne France l'idée que l'exercice du droit comporte une limitation et que c'est abuser d'un droit que de le faire valoir dans l'intention de nuire.

Sans doute on ne rencontre pas encore de construction théorique de l'abus du droit. Cette systématisation ne devait être opérée qu'à l'époque contemporaine où, par suite de la complexité croissante des rapports sociaux, les tribunaux ont été amenés à réprimer les abus dans les domaines les plus variés.

Mais la notion d'abus a été fort bien aperçue par les auteurs et appliquée par la jurisprudence dans les hypothèses où elle pouvait se manifester.

C'est le bon sens même qui parle, par la voix des jurisconsultes et des Parlements, comme il s'exprimait dans les décisions des juristes romains.

1 Digeste, 6, I, 38.

C'est dans la matière de la propriété (le droit le plus complet et qui serait vraiment absolu, s'il existait des droits absolus) que cette tendance s'est affirmée. On la saisit aussi, en législation, dans l'ordonnance de Villers-Cotterets, en ce qui concerne le droit d'agir en justice,

Relativement à la propriété et aux rapports de voisinage, retenons les affirmations suivantes : Guy Coquille, au ^{xvi}^e siècle, écrivait ce qui suit : « Le propriétaire d'un champ peut tirer de petites fosses pour faire écouler l'eau qui nuit au labourage, quoique telle eau nuit aux voisins, pourvu que ce ne soit en intention de nuire et que celui qui fait l'œuvre ne puisse bonnement par autre moyen faire égoutter l'eau de sa terre (1). »

De L'Hommeau enseigne qu'il « n'est permis à personne de faire en son fonds ce qui ne lui sert de rien et nuit à autrui, bouchant les vues et lui ôtant la clarté » (2).

Domat (3) s'exprime ainsi : « Celui qui, faisant une nouvelle œuvre dans son héritage, use de son droit sans blesser ni loi, ni titre, ni possession qui pourrait l'assujettir envers ses voisins, n'est pas tenu du dommage qui pourra leur en arriver, si ce n'est qu'il ne fit ce changement que pour nuire aux autres, sans usage

1. *Coutume du Nivernais*, chap. X, art. 1.

2. *Maximes générales du droit français* (art. 420) avec les notes de P. Chaligne, 1665, 2^e partie, p. 260. — Cf. Appert, note S. 1904. 2, 217.

3. *Lois civiles*, t. III, liv. II, tit. VIII, n^o 9, p. 313.

pour soi. Car, en ce cas, ce serait une malice que l'équité ne souffrirait point. »

Au XVIII^e siècle, les auteurs s'intéressent beaucoup à la même question.

« Les voisins, dit Guyot (1), se doivent les égards mutuels pour leur intérêt réciproque, soit en prenant garde à s'incommoder les uns les autres, soit en supportant les inconvénients qui résultent quelquefois du voisinage. Il ne doit donc pas être permis dans les villes d'exercer des professions qui pourraient rendre inhabitables les maisons voisines. Mais on ne peut pas non plus y empêcher l'exercice de toutes les professions qui peuvent entraîner des inconvénients. Le bien même de la société et du commerce, qui y a tant d'influence, exige qu'on y tolère des choses désagréables et incommodes jusqu'à un certain point. »

Pothier établit les obligations du voisinage qui arrête l'exercice du droit à la limite d'un autre droit rival (2).

La jurisprudence des Parlements consacre ces décisions de nos anciens auteurs. M. Appert (3) a très exactement dégagé de leurs arrêts ce principe que : « Nul ne peut, fût-ce dans l'exercice d'une industrie utile, gêner sérieusement le travail de ses voisins, rendre leur

1. Répertoire. V^o Voisinage, section III.

2. Introduction aux coutumes, n^o 101. — De la propriété, n^o 13. — Du voisinage, n^o 233.

3. Les Droits du propriétaire vis-à-vis de ses voisins, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1906, p. 71 et suiv.

maison inhabitable, et surtout compromettre la santé publique. »

Ajoutons que l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1559 (art. 88) affirma la notion de l'abus du droit en réprimant la chicane et en punissant le plaideur téméraire. Ceux qui avaient l'esprit processif et intentaient sans cesse des procès à leurs voisins étaient pourvus d'un conseil judiciaire ; le juge leur faisait défense de former à l'avenir aucune demande nouvelle sans l'avis de leur conseil (1).

3^e Code civil

Bien que la législation de 1804 ne fasse pas expressément état de notre théorie, un certain nombre de dispositions du Code sont imprégnées de la notion d'abus du droit.

Le législateur de 1804 a été dirigé par le principe de l'autonomie de la volonté. Ce principe est établi par l'article 1134 aux termes duquel les conventions tiennent

1. Planiol, I, n^o 2108. — Cochin, *Plaidoyer pour les enfants Vanderbergue*, cité par Demolombe, t. VIII, p. 433. — Expilly (*Plaidoyer* 34, cité par Salanson, thèse 6) raille un médecin qui se plaint que le bruit de la forge d'un maréchal l'empêche de travailler : « On n'a pas besoin de docteur, mais les maréchaux sont nécessaires. Il vaudrait mieux que l'appelant fût comme Martial qui, ne pouvant étudier dans Rome à cause du bruit des maîtres d'écoles, boulangers, maréchaux, serruriers et autres, se retirait en une sienne petite maison aux champs, estimant qu'il se devait plutôt incommoder qu'incommoder les autres. »

lieu de loi à ceux qui les ont faites. Mais, aussitôt, l'alinéa 3 ajoute qu'elles doivent être exécutées de bonne foi. Qu'est ce à dire, sinon que les parties contractantes ne pourront pas aller jusqu'au bout du droit que leur attribuerait la lettre même de la convention ? On peut, sans rien exagérer, rattacher cette disposition à la vieille maxime romaine : *Summum jus, summa injuria*.

Autour de cette disposition d'équité gravitent un certain nombre de textes. Pour éviter des abus, l'article 1246 décide que si la dette est d'une chose qui ne soit déterminée que par son espèce, le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de donner de la meilleure espèce, mais il ne pourra offrir de la plus mauvaise. L'article 1244, alinéa 2, autorise le tribunal à accorder des termes de grâce au débiteur malheureux. « Le créancier, dit M. Josserand (1), ne pourra donc pas user de son droit inexorablement, jusqu'au bout ; l'autorité judiciaire le rappellera à des sentiments plus humains, à une application plus sociale du contrat. »

Des dispositions se référant logiquement à l'idée d'abus du droit se rencontrent aussi en matière de résiliation des contrats.

Certains contrats peuvent, par exception, se dissoudre par une manifestation unilatérale de volonté. Mais la loi

1. *Loc. cit.*, p. 35.

elle-même a limité parfois ce droit de résiliation unilatérale. L'article 2007, alinéa 2, décide que le mandataire échappe à toute responsabilité à raison de sa déclaration de résiliation si la continuation du mandat eût été de nature à lui causer un préjudice considérable; mais que, en dehors de cette circonstance, l'exercice du droit de résiliation le rendra passible de dommages-intérêts. « La perspective d'un préjudice considérable constitue ici le motif légitime qui doit guider le mandataire et qui peut lui assurer l'impunité dans la résiliation de son droit (1). » Mais la loi ne limite pas le droit parallèle du mandat à la dénonciation du mandat; elle déclare que le mandat peut révoquer sa procuration quand bon lui semble (2).

Le contrat de société, lorsqu'il est conclu pour une durée illimitée, comporte aussi la dissolution unilatérale. Il appartient à chacun des associés d'y mettre fin par un acte de sa seule volonté (art. 1865, 5^e al. et 1869). Mais ce dernier texte apporte une limite à l'exercice de ce droit en ajoutant: « Pourvu que cette renonciation soit de bonne foi, et non faite à contretemps. » Et l'article 1870 déclare que la renonciation n'est pas de bonne foi lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposés de retirer en commun.

1. Jossierand, *loc. cit.*, p. 37.

2. La jurisprudence a limité le droit du mandant.

L'article 1780 du Code civil, modifié par la loi du 27 décembre 1890, décide que la résiliation du louage de services à durée indéterminée peut donner lieu à des dommages-intérêts. Or, il résulte des travaux préparatoires que le législateur a ainsi voulu frapper non seulement la résiliation brusque et intempestive, mais aussi le congé donné sans motif légitime (1).

D'autres dispositions s'inspirent encore de l'idée d'abus du droit.

L'article 1257, instituant la procédure des offres réelles et de la consignation, permet au débiteur de triompher de l'entêtement et de la mauvaise foi de son créancier.

L'article 2112 autorise le débiteur, qui justifie que le revenu de ses immeubles pendant une année suffit pour le paiement de la dette, à déléguer ce revenu au créancier et à demander la suspension des mesures d'exécution. C'est une excellente disposition. N'a-t-on pas vu un créancier qui a saisi tous les immeubles d'un aliéné à raison d'une créance de 33 francs (2). ?

Le législateur n'obéit-il pas encore à la préoccupation de limiter le principe de l'autonomie de la volonté en instituant l'action paulienne ? Grâce à elle sont frappés les actes conçus dans une pensée de fraude (3). Le

1. V. les paroles de M. Léon Renault et de M. Tolain au sénat, séance du 25 novembre et du 4 décembre 1890. — Cf. Jossérand, *loc. cit.*, p. 39.

2. Cf. Tribunal de Rethel, 8 juin 1904. D. 1907. 2. 199.

3. Jossérand, *loc. cit.*, p. 31.

droit qu'a le débiteur de gérer son patrimoine est susceptible d'abus que la loi réprime.

Enfin, lorsque, réglementant la cession de droits litigieux, la loi soumet le cessionnaire au retrait, à moins qu'il ne se trouve dans l'un des cas prévus dans l'article 1701 et qui sont des motifs légitimes de cession, n'entend-elle pas restreindre l'exercice d'un droit en considération des motifs qui l'ont dicté?

Nous trouvons encore une application de la théorie de l'abus du droit dans l'article 1153 du Code civil, qui décide que « le créancier auquel son débiteur en retard a causé de mauvaise foi un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance ». D'après l'ancien article 1153, le créancier ne pouvait jamais exiger de son débiteur en retard que des intérêts moratoires. D'après le nouvel article il sera tenu de payer des dommages-intérêts, quand, par sa mauvaise foi, il aura causé un préjudice au créancier. En principe, le nouvel article 1153, de même que l'ancien, établit comme un droit du débiteur de ne payer que des intérêts moratoires. Mais le nouvel article prévoit l'hypothèse de la mauvaise foi, qui rentre dans l'abus du droit, et qui consiste à ne payer que des intérêts moratoires ; il condamne à des dommages-intérêts supplémentaires celui qui a abusé de ce droit (1).

1. V. Porchérot, thèse, p. 74, texte et note 1.

CHAPITRE II

LA JURISPRUDENCE

La théorie de l'abus du droit s'est surtout développée en jurisprudence. Celle-ci, concevant le droit et interprétant la loi dans le sens que lui dictait l'idée d'un droit socialisé, s'est montrée la fidèle traductrice de la conscience collective.

Nos tribunaux, tout en reconnaissant l'usage des divers droits comme exclusif de la faute, n'ont cessé de considérer comme abusif l'exercice de ces droits lorsque leurs titulaires s'en servent sans intérêt réel, dans une intention de pure malice, en un mot d'une manière anormale ou égoïste. Les décisions judiciaires ont réprimé, par la sanction des dommages-intérêts, le détournement des droits de leur destination économique ou sociale.

La jurisprudence a créé la théorie de l'abus de droit, en interprétant l'article 1382. Il faut, avant d'entrer dans l'étude de diverses applications de cette théorie, chercher les moyens que la jurisprudence a employé

pour arriver à des résultats. C'est la question si importante de la méthode qui nous arrête (1).

« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer », voilà le principe posé dans l'article 1382 du Code civil, que la jurisprudence a le devoir de mettre en conformité avec la vie, de l'appliquer, de répondre avec lui aux multiples et variées questions que la pratique met à la justice. Elle a, en outre, la mission de classer les faits sociaux qu'elle examine dans des catégories techniques auxquelles elle appliquera toujours la même formule qu'elle a dégagé de ce principe législatif (2).

Le principe énoncé dans l'article 1382 est si large, qu'il peut recevoir une interprétation qui aurait pour résultat de paralyser toute activité, parce que toute action de l'homme peut causer un dommage à autrui. « Il n'est pas excessif de dire, dit M. Em. Lévy (3),

1. Voir sur l'importance de la méthode dans le droit la préface de M. Paul Deschanel dans *les Méthodes juridiques*, série de leçons faites au Collège libre de Sciences sociales en 1910, par MM. Larnaude, Berthélemy, Tissier, Truchy, Thaller, Pillet, Garçon de l'Université de Paris et M. F. Géný de l'Université de Nancy, n° XIII, des *Études économiques et sociales*.

2. Voir les explications que donne M. Esmein, *Revue trimestrielle*, 1902, La jurisprudence et la doctrine (p. 8-9) pour le fait que dans la solution de mêmes questions particulières, soulevées par les espèces, la jurisprudence arrive à la fixité, et même comme des solutions sur des questions distinctes, forment un système dont les parties se tiennent.

3. *L'Exercice du droit collectif (Rev. trim., 1903)*.

qu'en prenant tel quel l'article 1382 on pourrait faire avec lui juridiquement ce que l'on est convenu d'appeler la révolution sociale, en restituant au travail tout ce qui est produit par le travail (1). » Cette interprétation large nous conduirait à des résultats inadmissibles (2), et la jurisprudence doit réduire à des justes limites ce principe. Elle s'en prend au mot « faute » qui y est écrit et toute la discussion tourne autour de la faute.

La faute est un protégé, observe M. Planiol (3). C'est une notion à formes multiples et on passe d'un sens à l'autre, tout en parlant de la faute, si facilement que la confusion règne. La jurisprudence, dont nous aurons à examiner les résultats, en interprétant l'article 1382 a su harmoniser les exigences d'une conscience collective qui tend vers la socialisation du droit, avec les principes individualistes d'un Code qui devait formuler les conquêtes de la Révolution. Elle a su établir que le droit n'est ni purement individuel, ni purement social ; qu'il est « la résultante de la vie sociale dans sa combinaison avec la vie individuelle » (4).

Dans le projet du Code civil, le législateur a voulu définir le rôle de la jurisprudence, en donnant au juge

1. Cf. Jaurès, *Études socialistes*, p. 162. — Eugène Gaudemet, *les Codifications récentes et la révision du Code civil dans le Livre du Centenaire*, II.

2. Planiol, II, p. 287, *Rev. critique*, 1905, p. 290.

3. *Revue critique*, 1905, p. 283.

4. Saleilles, *le Code civil et la méthode historique (Livre du Centenaire, I, p. 97 et suiv.)*

le droit de s'inspirer de l'équité, qui était dans la définition légale, le retour à la loi naturelle, à défaut de la loi précise. Ces dispositions faisaient partie de l'introduction qui a disparu dans l'édition définitive du Code. La pensée de faire du juge un « ministre de l'équité » a-t-elle disparu avec le livre préliminaire ? Portalis nous parle du mouvement incessant de la vie en face de l'immobilité de la loi, et de la nécessité de donner au juge la facilité d'être l'instrument de transformation du droit (1). Mais si le juge est un ministre de l'équité, l'équité sera-t-elle le retour à la loi naturelle ? La notion d'un droit naturel reposant sur une conception philosophique est aujourd'hui battue en brèche. Elle était intimement liée à la doctrine du droit individuel. Aujourd'hui on parle plutôt d'un droit de la nature qui se reliait à de pures données sociologiques, d'un droit social « dérivant du fait de la société et résultant des rapports naturels issus de la vie sociale » (2). Et c'est de ce droit naturel, ainsi entendu que la législation positive doit s'approcher.

Revenant à notre question de la méthode d'interprétation, demandons-nous ce que doit faire un juge devant un texte qui ne précise pas assez.

Longtemps le problème de l'interprétation des lois a été dominé par une conception issue des doctrines phi-

1. Fenet, *Discours préliminaire*, t. I, p. 469.

2. Saleilles, art. cité, p. 107.

losophiques du xvm^e siècle, et que M. Géný caractérise d'un mot : « le fétichisme de la loi écrite » (1). L'interprétation est strictement asservie à la loi, dont elle n'est qu'une forme d'application. Quand des questions nouvelles se posent, on doit trouver le texte légal pour les résoudre, on doit chercher la pensée du législateur, recourir à sa conception du droit, pour voir comment il aurait résolu la question qui se pose. Cette méthode qui veut pénétrer la pensée du législateur, qui veut se représenter la situation, le milieu, les idées générales de l'époque où un texte a été voté, peut être bonne en matière d'histoire du droit (2), mais elle est très mauvaise pour appliquer une législation vivante. S'il faut tenir intacte la pensée du législateur, une scission va se faire entre le droit et la vie (3), et le droit ne peut commander à la vie qu'en la suivant, comme Bacon disait de la nature : *non imperatur nisi parendo*. La vie est plus puissante que les notions juridiques. Si le lit dans lequel elle se voit serrée devient trop étroit, elle rompt les digues, et laisse à la jurisprudence le soin de s'accommoder du changement (4). Il ne faut

1. *Procédés d'élaboration du droit civil*, dans les *Méthodes juridiques*, p. 175.

2. Ihering, *Esprit du droit romain*. Trad. Meulanaere, t. III, 1887, p. 137-138.

3. Saleilles, *Intr. à l'étude du droit civil allemand*, p. 89-104. — Larnaude, *la Question de la revision* (*Liv. du Cent.*, p. 901).

4. Ihering, *Actio injuriarum*. Trad. Meulanaere, 1888, p. 120.

donc pas prétendre immobiliser le Code civil ; destiné à régler les relations juridiques, il ne peut remplir son rôle qu'à la condition de refléter à chaque période les idées dont s'inspire le pays qu'il doit régir (1).

Des nombreux efforts ont été faits pour ruiner cette conception (2). Ces efforts ont abouti à délier l'interprète du droit des liens de la loi, et à donner à celui-ci une spontanéité et une indépendance, qui fait que l'interprétation du droit et sa constitution législative sont « les deux aspects d'un même phénomène social, la formation des règles juridiques, entreprise et poursuivie en vue de réaliser un idéal suprême que nous pouvons provisoirement appeler le « juste objectif » (3).

Certains auteurs, et des plus éminents (4), soutiennent que les constructions jurisprudentielles doivent avoir un appui dans les textes et demandent l'intervention législative. On ne se contente pas même d'une loi spéciale, et pour certains principes qui ne peuvent pas se construire avec les données du Code et qui ne peuvent trouver leur place que dans une œuvre générale, comme on cite spécialement la théorie de l'abus du droit, on demande une revision du Code.

On craint surtout l'arbitraire et la jurisprudence de

1. Voir la préface au *Livre du Centenaire*, t. I.

2. Voir surtout le livre de M. Gény, avec la préface de M. Saleilles.

3. Gény, dans *les Méthodes*, p. 177-178.

4. Voir l'art. de M. Larnaude, dans le *Livre du Centenaire*, t. II.

sentiment, sinon de passion. Dans une allocution prononcée le 22 novembre 1909 au Collège libre de Sciences sociales, M. Saleilles disait : « Vous voyez le danger considérable dont nous sommes menacés, celui du juge prenant sur lui de réformer la loi par des faux-fuyants, au gré de ses opinions économiques ou sociales ! C'est le terrain jusqu'ici solide qui menace de trembler sous nos pas. Et cependant il nous faut trouver un instrument de précision, que nous cherchons tous avec anxiété. Il nous faut une règle pour nous guider dans cette voie de tâtonnements. Nous ne voulons pas de l'arbitraire du juge. Nous n'en voulons à aucun prix. Et cependant, nous voulons lorsque la loi ne commande pas avec une certitude impérative, que le juge puisse marcher avec son temps, qu'il puisse tenir compte des coutumes et des usages qui se créent, des idées qui évoluent, des besoins qui sollicitent une solution de justice. Contradiction angoissante et terrible au premier abord. »

Quelles sont les règles de l'interprétation ? Quels sont les procédés d'observation du droit civil ?

Un texte de loi est une volonté juridiquement déclarée, et le sens de cette volonté se déduira non en cherchant l'intention de celui qui l'a émise, mais en cherchant le sens le plus conforme aux exigences sociales, en adaptant le texte de la loi aux besoins sociaux. Il faut que l'interprétation de la loi soit celle que tout le monde

pourrait faire en se plaçant dans l'état actuel et dans les conditions sociales où vivent ceux à qui la loi s'applique.

L'interprétation du droit est une recherche d'adaptation sociale. « La loi est un organisme fait pour l'avenir, et c'est pourquoi ce serait aller contre le but de la loi que de ramener l'interprétation à ses origines premières (1). On concède encore davantage à la jurisprudence. Devant une question sur laquelle la loi reste muette, on veut que le juge la règle au mieux des exigences de la justice et de l'utilité sociale, de prendre des solutions ouvertement et franchement « aux données expérimentales de la vie » (2). Mais ces données qu'on nous propose de dégager d'une auscultation attentive du sentiment moral qui domine notre conception actuelle des rapports entre les hommes (3), sont vagues, et l'arbitraire dont M. Saleilles nous parlait est à craindre, sa troublante appréhension se dresse devant nous. On nous propose de résoudre le problème à l'aide de la technique juridique (4). C'est une expression qui revient très souvent sous la plume des auteurs modernes.

1. Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 26. Paris, 1901. — Cf. *Intr. à l'étude du droit civil allemand*, p. 92.

2. Génv, *Méthode*, p. 273-274.

3. *Idem.*, p. 545.

4. Génv, *Procédés d'élaboration*, p. 188 et suiv. — V. aussi l'article de M. Génv, dans le *Livre du Centenaire : la Technique législative dans la codification civile moderne*.

M. Gény constate que ceux qui l'emploient n'ont pas cherché à s'en faire une idée nette. Pour le savant professeur de Nancy, la notion de technique juridique « représente tout ce qu'il y a d'artificiel ou ce qui est œuvre propre de la volonté humaine dans la constitution du droit positif », et l'élaboration technique du droit « consiste à donner aux éléments fournis par la nature des choses, une forme, des contours, des manières d'être, qui les modifient, d'une façon toujours un peu factice et conventionnelle, en vue de les adopter à la vie ».

Mais alors même que la science juridique ne serait pas arrivée jusqu'à présent à préciser dans des formules les règles de l'interprétation, et que l'arbitraire serait à craindre, je crois que M. Rossel a eu raison de répondre, lors de la discussion du Code civil suisse, à M. Martin, qui craignait que la disposition prohibant l'abus du droit autorisât le pouvoir judiciaire à en commettre chaque jour : « Pour moi, j'ai plus de confiance dans l'impartialité des juges que dans la passion des intéressés, et je leur abandonne volontiers un pouvoir très grand d'appréciation (1). »

Dans l'étude des applications jurisprudentielles de la notion d'abus du droit, nous suivrons le plan qui a été adopté par M. Josserand (2). Il présente, en effet, à

1. *Bulletin sténographique de l'assemblée fédérale suisse*, 1906, n° 49, p. 1039.

2. *Loc. cit.*, p. 18 et suiv.

cause de son caractère très synthétique, l'avantage de donner un tableau frappant du travail judiciaire en cette matière.

Nous envisagerons donc la théorie de l'abus du droit :

1° Dans son application *aux droits extra-contractuels*, c'est-à-dire à ceux qui existent et sont exercés indépendamment de tout lien contractuel ;

2° Dans son application *aux droits contractuels*, c'est-à-dire aux droits qui se rattachent à une idée de contrat. D'où la division de ce chapitre en deux *sections*.

SECTION PREMIÈRE

DROITS EXTRA-CONTRACTUELS

Ces droits peuvent être divisés en trois catégories. Les uns sont de nature patrimoniale (nous prendrons comme type le droit de propriété), les autres sont de nature extra-patrimoniale. Ce sont principalement les droits de famille, le droit d'exprimer sa pensée. Une troisième catégorie comprend les droits qui peuvent être tantôt de nature patrimoniale, tantôt de nature extra-patrimoniale, suivant qu'ils tendent à la satisfaction d'intérêts pécuniaires ou autres (ce sont les droits de citer en justice et de recourir aux voies légales (1)).

Voyons comment ces droits obéissent à la notion

1. Dans le détail, nous nous séparons donc, quant à la méthode, de M. Josserand. En effet, nous considérons comme extra-patrimoniaux certains droits qu'il range sous l'étiquette de patrimoniaux. D'autre part, nous préférons ne pas regarder comme extra-contractuel le droit de grève qui, sans doute, n'a pas sa source dans un contrat, mais est exercé pour modifier les conditions d'un contrat.

d'abus du droit et comment la jurisprudence a su les plier.

1^o DROIT DE PROPRIÉTÉ (1)

L'article 544 du Code civil définit la propriété « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

Les derniers mots du texte indiquent déjà une première limitation du droit de propriété. Mais ce n'est pas la seule. Le Code civil a tempéré la conception romaine d'une propriété intangible et absolue par la réglementation des rapports de voisinage qui sont la mise en œuvre de la propriété immobilière dans son état de réciprocité collective.

Les articles 670 et suivants établissent ce qu'on appelle d'ordinaire « les obligations négatives de voisinage » (2). Ce sont des obligations créées dans l'intérêt des fonds contigus. Leur but est de concilier, au moyen

1. Sur l'abus du droit de propriété V, Charmont, (*Revue critique*, 1900, p. 12). — Capitant, *Des obligations de voisinage* (*Revue critique*, 1900, p. 156 et suiv. et p. 288 et suiv.). — Saleilles, Rapport présenté à la Commission de revision du Code civil, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 326 et suiv. — Josserand, *De l'abus des droits*, p. 19 et suiv. — Porcherot, *De l'abus de droit* (thèse de Dijon, 1901, p. 25, et suiv.). — Coroi, *la Théorie de l'abus du droit et l'excès du droit en droit français*. Genève, 1910, p. 19 et suiv.

2. V. Capitant, art. cité, p. 162.

d'une espèce de transaction, les intérêts opposés des propriétaires voisins (1). D'autre part, l'article 1370 range, parmi les engagements qui se forment sans convention, les engagements entre propriétaires voisins.

Mais, en dehors de ces obligations établies par la loi et dans le détail desquelles il est inutile que nous entrons, existe-t-il une limitation (2) à la charge de chaque propriétaire, de telle sorte que celui-ci ne puisse se servir de son héritage que dans la mesure où il ne nuit pas à son voisin ?

L'existence de cette limitation est nécessaire pour éviter les injustices qui résulteraient d'une exagération dans l'exercice du droit de propriété.

En vérité, une semblable limite a été reconnue par les jurisconsultes. Pothier la trouvait dans une obligation générale de voisinage.

1. Ces charges ne sont pas des servitudes (V. Demolombe, *Tr. des Servitudes*, t. I, n° 8 et suiv. — Aubry et Rau, t. II, § 194, 4^e édit. — Capitant, *loc. cit.*, p. 158. — Charmont, *les Transformations du droit civil*. Paris, 1912, p. 203. — *Contra*: Planiol, t. I, p. 614). Ce sont des véritables obligations *propter rem* (V. Caen, 26 juillet 1876. S. 77.2.253) et forment le droit commun de la propriété.

2. Voir sur cette question Ihering, *Des restrictions imposées aux propriétaires fonciers dans l'intérêt des voisins*, 1893 (*Œuvres choisies*, t. II, p. 100 et suiv.). — Capitant, *Des obligations de voisinage*, *loc. cit.* — Ripert, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*. — Appert, *Des droits du propriétaire vis-à-vis de ses voisins*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1906, p. 71 et suiv. — Lacoste, note dans S. 1900.2.169. — Dalloz, *Jurisprudence générale*. V^o Manufacture, n° 170. — Porcherot, *loc. cit.* — Coroi, *loc. cit.*

« Le voisinage, disait Pothier (1), oblige les voisins à user chacun de son droit de manière qu'il ne nuise pas à son voisin. Cette règle doit s'entendre en ce sens que, quelque liberté qu'un chacun ait de faire ce que bon lui semble sur un héritage, il n'y peut faire rien d'où il puisse parvenir quelque chose sur l'héritage voisin qui lui soit nuisible. »

Portalis (2) s'inspirait de cette idée de solidarité et il proclamait l'existence d'une obligation générale de voisinage lorsqu'il disait : « Vivant avec nos semblables, nous devons respecter leurs droits comme ils doivent respecter les nôtres. Nous ne devons pas nous permettre, *même sur notre fonds*, des procédés qui pourraient blesser le droit acquis d'un voisin ou de tout autre. La nécessité et la multiplicité de nos communications sociales ont amené, sous le nom de servitudes et sous d'autres, des devoirs, des obligations, des services qu'un propriétaire ne pourrait méconnaître sans injustice et sans rompre les liens de l'association commune. »

Ihering a bien marqué quels seraient les résultats inadmissibles de l'exercice sans limites du droit de propriété (3). Ce serait la substitution de l'état de guerre

1. T. IV, n° 235, p. 230.

2. Exposé des motifs sur la propriété. Séance du Corps législatif du 29 nivôse an XIII. — Locré, *la Législation de France*, t. VIII, p. 160.

3. *Des restrictions imposées aux propriétaires fonciers dans l'intérêt des voisins*, p. 113 et 114 (*Œuvres choisies*, t. II, édition Meulanaere).

à l'état de paix et de solidarité qui est le but même du droit.

« Si le propriétaire, dit Ihering, est libre de faire tous les actes qui, pour ce qui regarde le lieu de leur accomplissement, se restreignent rigoureusement à son fonds et à l'espace atmosphérique qui le surmonte, il est en son pouvoir de chasser tous ses voisins, et de les contraindre à lui vendre leur fonds pour le prix le plus dérisoire. Il établira sur son fonds une écorcherie empestant l'air environnant, un puits renfermant des substances qui empoisonnent la terre du voisin, une fabrique dont l'exploitation ébranle le sol et fait crouler les maisons avoisinantes, dont la fumée tue la végétation aux alentours, ou dont la chaleur intense empêche tout séjour à proximité. Il creusera, joignant la limite, un trou profond qui fera crouler le mur du voisin. En faisant tout cela, il reste dans les limites de sa propriété, il ne porte donc directement aucune atteinte à la sphère juridique du voisin, celui-ci souffre uniquement de la suite de ses actes... Une situation pareille est impossible, ce serait l'état de guerre permanent entre les voisins. »

La nécessité de limiter l'exercice du droit de propriété apparaît manifeste. La jurisprudence l'a comprise. Elle a allongé la liste des restrictions, mais il est difficile de dire où elle s'arrête et quel est le principe qui

l'inspire (1). Elle a pris en considération les usages de l'époque, du lieu, pour déterminer les limites dans lesquelles elle a renfermé l'action du propriétaire.

Lorsqu'il y a faute du propriétaire, soit par intention, soit par négligence, soit par imprudence, ou absence de précautions, la théorie de la responsabilité suffit à faire condamner le propriétaire qui a causé un dommage à ses voisins. Qu'un propriétaire exécute sur son fonds des fouilles ou creuse des fossés sans faire des travaux de consolidation pour empêcher l'éboulement des terres voisines (2), qu'il corrompe les veines d'eau qui alimentent une source, en rendant ainsi toute la source inutilisable (3), qu'il laisse se dégager de ses bâtiments des odeurs fétides, des gaz nuisibles, une grande quantité de fumée, quand il aurait pu, avec une précaution plus grande, éviter le préjudice qu'il cause aux propriétaires voisins (4), qu'il entretienne sur son fonds des animaux

1. Charmont, *les Transf. du droit*, p. 204.

2. Cass., 3 juillet 1849. S. 49. 1. 624. — Colmar, 25 juill. 1861. S. 61. 2. 577. — Dijon, 13 déc. 1867. S. 68. 2. 219. — Dijon, 16 mai 1876. S. 76. 2. 263. — Bourges, 19 fév. 1872. D. P., 72. 2. 184. — V. Capitant, *loc. cit.*, p. 174, n° 3.

3. Cass., 20 janv. 1880. D. P., 80. 1. 382. — Cass., 21 juill. 1887. D. P., 87. 1. 391. — Besançon, 6 mars 1888. D. P., 89. 2. 223. — Cass., 7 fév. 1894. S. 98. 1. 278.

4. Cass., 27 nov. 1844. S. 44. 1. 811. — Cass., 8 juin 1857. S. 58. 1. 305. — Bordeaux, 15 juill. 1845. S. 47. 2. 537. — Bourges, 13 juin 1876. S. 76. 2. 264. — Cass., 26 mars 1873. S. 73. 1. 256. — Paris, 19 avril 1893. S. 93. 2. 124.

nuisibles allant faire des dégâts sur le fonds voisin ou même qu'il ne prenne pas des précautions pour détruire ces animaux (1), et qu'on relève dans ces divers agissements une faute ou une imprudence de ce propriétaire, l'article 1382 lui est applicable.

Mais dans d'autres hypothèses, on ne peut établir qu'une faute ait été commise soit par acte positif, soit par négligence ou imprudence dans l'exercice du droit de propriété.

Cependant cet exercice est dommageable, et la jurisprudence sent la nécessité d'intervenir. Déjà M. Labbé, dans une note publiée au Sirey (2), avait exprimé cette idée que le propriétaire peut être tenu de dommages-intérêts, même s'il n'a commis aucun acte délictueux. En discutant l'hypothèse d'un propriétaire qui change la configuration naturelle et normale du sol, le savant arrêliste dit : « L'état naturel du sol engendre une sorte d'aménagement normal entre les propriétaires. Celui qui s'en écarte et cause un dommage même sans

1. Cass., 31 déc. 1844. S. 45. 1. 360. — 24 juill. 1860. S. 60. 1. 716. — 22 avril 1873. S. 73. 1. 321. — 7 fév. 1876. S. 76. 1. 112. — 21 av. 1879. S. 79. 1. 218. — 19 mars 1883. S. 83. 1. 205. — 24 av. 1883. S. 83. 1. 472. — 20 nov. 1888. S. 89. 1. 56. — 10 juill. 1889. S. 90. 1. 52. — 2 fév. 1898. S. 98. 1. 184. — 12 mai 1897. S. 97. 1. 230. — 4 janv. 1899 et 27 déc. 1898. S. 99. 1. 231. — Cass., 20 oct. 1908. P. fr., 908. 1. 524; D. 1909. 1. 375. — Ch. des req., 22 juin 1910. D. 910. 1. 461. — V. *Rev. critique*, Georges Ripert, ex. doct., 1911, p. 148 et s.

2. S. 1872. 1. 353.

faute doit le réparer. Celui qui s'élève au-dessus du niveau général doit se soutenir lui-même, celui qui creuse au-dessous du niveau général doit prévenir les éboulements préjudiciables à des tiers. *On voit par là que, même en droit commun, une indemnité peut être due par celui qui a usé de son droit.* » Ces idées de M. Labbé ne sont pas très différentes de celles de la jurisprudence relative aux établissements industriels que nous examinerons tout à l'heure. Nous ne discuterons pas pour le moment la valeur du principe que nous avons rencontré. Ce qui va suivre sera un exposé de la jurisprudence relative à des hypothèses où la responsabilité du propriétaire ne peut s'expliquer par le principe traditionnel de la faute. Pour comprendre la valeur des arrêts qui établissent la responsabilité, il convient d'examiner d'abord les arrêts qui ne considèrent pas la responsabilité du propriétaire comme engagée, malgré le préjudice qu'il cause à ses voisins par l'exercice de son droit :

1° Le propriétaire peut élever sur son terrain des constructions qui enlèvent au fonds voisin l'agrément des vues et une partie de l'air et de la lumière (1) ;

2° Le propriétaire peut, par des fouilles faites dans son fonds, couper ou détourner les veines d'eau souterraines

1. Cass., 31 juill. 1855, S. 56, 1. 393. — V. Aubry et Rau, 2.194, p. 199, éd. 4.

qui alimentent le puits du voisin (1) : l'article 552 lui donne ces droits ;

3° La jurisprudence a toujours admis que le propriétaire peut, en cultivant son fonds ou en creusant un fossé de séparation ou les fondations d'un mur, couper les racines des arbres du voisin, qui en souffrent ou qui en meurent (2), ou démolir un mur qui sert d'appui au bâtiment voisin (3) ;

4° La jurisprudence a toujours admis qu'il y a une limite minima des inconvénients que les voisins doivent tolérer sans se plaindre. Cette limite varie avec les usages de l'époque et du lieu (4). C'est au juge, dit M. Capitaut (5), non à l'interprète, qu'il appartient de trancher ces questions, car son rôle consiste à appliquer la règle de droit, nécessairement sèche et froide, aux espèces si variées, si mobiles, que présente le commerce juridique. Conformément à ce principe directeur, la Cour de Douai, dans un arrêt du 8 décembre 1897 (6),

1. Civ. rej., 29 nov. 1830. S. 31. 1. 110. — Grenoble, 5 mai 1834. S. 34. 2. 491. — Req. rej., 15 janv. 1835. S. 35. 1. 957. — Civ. rej., 26 juill. 1836. S. 36. 1. 819. — Req. rej., 10 juill. 1837. S. 37. 1. 684. — Civ. Cass., 4 déc. 1849. S. 50. 1. 33. — Montpellier, 16 juill. 1866. S. 67. 2. 115. — V. Aubry et Rau, *loc. cit.*, note 18. — Sourdat, *De la responsabilité*, t. I, p. 425.

2. Sourdat, *loc. cit.*, p. 412.

3. Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 19. — Demolombe, t. XII, n° 648.

4. Cf. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n°s 220-221. — Demolombe, t. XII (*Servitudes*, t. II), n°s 658-659.

5. *Loc. cit.*, p. 241.

6. *Jurisprudence de la Cour de Douai*, p. 59.

déclare que l'établissement d'une marquise devant les boutiques est, depuis quelques années, d'un usage assez général pour que les voisins puissent être tenus de la tolérer comme un des inconvénients habituels du voisinage, et la Cour de Bordeaux, dans un arrêt du 5 mars 1903 (1), décide que les voisins ne peuvent pas se plaindre des odeurs peu agréables dans un quartier où l'usage existe depuis de longues années, de laver et saler les langues et issues des morues dans les magasins et dans les cours (2)

C'est une question difficile et délicate que celle de fixer ces limites, et c'est à l'expérience des magistrats, à leur sagesse, à leur équité, qu'il appartient de faire, convenablement et humainement, les applications pratiques. Mais ces actes, qui sont licites dans leur matérialité et qui, malgré le préjudice qu'ils entraînent pour autrui, ne sont pas générateurs de responsabilité pour leur auteur, deviennent illicites quand ils ne sont inspirés que par l'intention de nuire à autrui. Le caractère antisocial du but poursuivi vicie l'acte et rend responsable l'auteur. « S'il est de principe, dit la Cour de Colmar (3), que le droit de propriété est un droit en quelque sorte absolu, autorisant le propriétaire à user et

1. S. 1905. 2. 41, note Appert ; D. 908. 2. 49, note Capitant.

2. Cf. Cass., 27 nov. 1844 ; S. 44. 1. 811. — Agen, 7 fév. 1855. S. 55. 2. 311.

3. 2 mai 1855. D. 1846. 2. 9.

abuser de sa chose, cependant l'exercice de ce droit, comme celui de tout autre, doit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime. Les principes de la morale et de l'équité s'opposent à ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance, accomplie sous l'empire d'une mauvaise passion, ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant un préjudice à autrui. » Et la Cour ordonne la démolition d'une fausse cheminée, construite dans le but de nuire au voisin en lui diminuant le jour. Nous avons vu plus haut que la jurisprudence de la Cour de cassation (1) affirme le droit du propriétaire d'enlever par des constructions l'air ou la lumière du fonds voisin. La Cour de Colmar trouve que l'intention de nuire change l'aspect de ces actes qui, pris dans leur matérialité, sont licites.

On peut citer d'autres arrêts dans le même sens : La Cour de Lyon, le 18 avril 1856 (2), déclare que le propriétaire qui voulait épuiser par une pompe la source minérale (il s'agissait de la source Badoit) qui jaillissait sur le fonds voisin, dans le seul but de lui nuire, est responsable du dommage qu'il cause : « Considérant que le droit de propriété trouve nécessairement une limite dans l'obligation de laisser le voisin jouir aussi de sa

1. 31 juillet 1855, précité.

2. D. 1856. 2. 199. — Cf. Cass., 10 juin 1902, pour la capture de la source Saint-Galmier par des travaux de forage.

propriété, que le pouvoir d'abuser de sa chose ne peut servir à colorer un acte, qui, inspiré exclusivement par l'envie de nuire, prend le caractère d'une entreprise portée sur le fonds du voisin, pour toucher à sa substance et anéantir un bien naturel, qui en fait la principale valeur » ; la Cour de Paris, 2 décembre 1871 (1), déclare que le propriétaire qui fait sur son fonds des bruits pour effrayer le gibier et rendre impossible la chasse sur le terrain voisin est responsable : « Attendu, dit-elle, que par des moyens vexatoires et pratiqués dans l'intention manifeste de nuire, il a gêné et même empêché l'exercice du droit du propriétaire voisin » ; le tribunal de Sedan, 17 décembre 1901 (2), a condamné un propriétaire à démolir une haute clôture en bois, peinte en noir, qu'il avait fait installer sur son fonds par malveillance et dans l'unique but de nuire à son voisin : « Considérant qu'un pareil acte sainement apprécié à l'aide de la maxime *militiis non est indulgendum*, constitue un des cas de quasi-délit prévus par l'article 1382. »

L'intention de nuire est-elle la seule qui, en inspirant un acte, le rend abusif et générateur de responsabilité ? Nous avons vu la Cour de Colmar posant comme limite de l'exercice du droit de propriété la satisfaction d'un

1. D. 73. 2. 185.

2. S. 1904. 2. 217.

intérêt sérieux et légitime. Si la Cour parle de l'intention de nuire, ce n'est que parce qu'elle relève l'absence d'un tel intérêt, dit M. Josserand (1), mais il arrivera que cette absence sera établie même indépendamment de toute volonté malicieuse, et la responsabilité du propriétaire n'en sera pas moins engagée. La Cour de cassation, 10 juin 1902 (2), a eu l'occasion d'appliquer ces principes. Elle a condamné à des dommages-intérêts un propriétaire qui exécutait des fouilles dans son terrain, sans aucune utilité pour lui, mais aussi sans l'intention de nuire à son voisin. La Cour suprême s'est inspirée de la notion moderne du droit de propriété, qui le considère comme destiné à donner satisfaction aux besoins des hommes et non aux caprices destructifs, en lui donnant ainsi un but social. Et il est contraire à ce but social que le titulaire du droit de propriété l'exerce de telle manière qu'il nuit à autrui sans aucune utilité pour lui : c'est une perte pour la richesse de la société (3). L'application de la théorie de l'abus du droit transforme la notion de propriété ; elle en fait une fonction sociale ; désormais elle n'est plus un privilège pour son titulaire, mais elle implique ses devoirs (4).

Par la même formule de l'intérêt légitime et sérieux,

1. P. 20, *op. cit.*

2. S. 902. 454

3. V. Planiol, t. I, n° 2331. — Vareilles-Sommière, *Revue trimestrielle de droit civil*, 190, p. 443.

4. Hauriou, *la Science sociale traditionnelle*, p. 125.

on peut résoudre les difficultés relatives à la propriété de l'espace atmosphérique. On sait que la propriété d'un fonds s'étend à l'espace au-dessus; autrement elle perdrait toute utilité pratique, comme le remarque de Ihering (1), car chacun étant libre de bâtir dans l'espace atmosphérique, de laisser pendre les branches d'arbres, pourvu qu'il ne touche pas le sol qui est au-dessous, la propriété de ce sol deviendrait illusoire. Mais Ihering précise le droit à l'espace atmosphérique, ou à ce qu'il appelle l'atmosphère de la propriété. Écartant la formule habituelle d'un droit de propriété s'étendant jusqu'aux limites de l'atmosphère, il résume son opinion dans cette formule : « L'atmosphère de la propriété ne s'étend pas au delà des nécessités pratiques auxquelles il s'agit de satisfaire (2). » Le propriétaire a droit à ce que personne ne lui enlève la lumière, l'air, l'eau du ciel, à ce qu'il ne soit empêché de bâtir. « Au delà de ces limites, le droit à l'atmosphère perd sa raison d'être et aurait pour seul résultat de mettre les armes de la loi dans les mains de la chicane, de fomenter l'esprit procédurier et d'établir les voisins sur le pied de guerre. »

Pour l'application de ces principes, Ihering prend une hypothèse imaginaire : sur la paroi d'un rocher perpendiculaire, le propriétaire du sommet établit une balus-

1. *Restrictions de la propriété foncière* (*Oeuvres choisies*, trad. Ménla-naere, t. II, p. 105).

2. *Loc. cit.*, p. 109.

trade qui s'avance au-dessus de l'espace atmosphérique du fonds situé à mille pieds plus bas. Le propriétaire de ce fonds peut-il l'en empêcher? Ihering répond négativement, pour cette excellente raison que l'espace, à une telle hauteur, ne répond plus à aucun intérêt pratique.

Les progrès de l'aviation nous mettront sans doute devant des hypothèses plus pratiques. Nous en avons un exemple dans la question qui a été discutée à la conférence des avocats du 13 février 1909, sous la présidence de M. le bâtonnier Rousset (1). Le propriétaire d'un fonds a-t-il le droit d'actionner en dommages-intérêts, en vertu de l'article 552 du Code civil, l'aviateur qui passe au-dessus de sa propriété sans une intention malveillante et à une assez grande hauteur? La réponse n'est pas douteuse. Le passage de l'aéroplane, dans ces conditions, ne peut causer aucun préjudice au fonds. Le propriétaire commettrait donc un abus manifeste et engagerait sa responsabilité s'il prétendait interdire les vols au-dessus de son héritage. Et l'abus du droit serait caractérisé ici par l'absence des motifs sérieux et légitimes (2).

1. V. dans Julliot, *le Problème de l'abus du droit dans ses applications à la locomotion aérienne*, extrait de *la Revue des idées*, 11 avril 1910, p. 10, les conclusions du rapporteur M. Marcel Mirtil.

2. Une espèce pratique de la plus haute importance s'est présentée à propos du différend survenu entre M. A. Clément et son voisin M. de Lamotte-Breuil. M. Clément est propriétaire à Lamotte-Breuil d'un

Pour la propriété du tréfonds on peut appliquer les mêmes solutions : un propriétaire ne pourrait pas se plaindre des travaux souterrains faits, dans un but scientifique par exemple, à une telle profondeur qu'il n'ait aucun intérêt à s'y opposer (1).

Pour résumer, nous pourrions dire que nous avons trouvé dans la jurisprudence deux critères de l'abus du droit : l'intention de nuire et l'absence d'un intérêt

terrain sur lequel il a construit un hangar de très grandes dimensions pour abriter son grand dirigeable. Mais, pour s'élever, le dirigeable est obligé par son ascension oblique de passer au-dessus du terrain du voisin à une petite hauteur. Or, le voisin, dans le but probable de se faire acheter par M. Clément son terrain, s'avise de se clôre et d'élever à la limite de son champ un grillage de 3 mètres d'hauteur garni dans sa partie supérieure d'un fil de fer barbelé, de sorte que le dirigeable ne peut sortir sans risquer de se lacérer sur les pointes de ces ronces artificielles (V Julliot, *op. cit.*, p. 12). Le voisin de M. Clément avait sans doute le droit de se clôre. Mais il abusait en établissant des clôtures qui, de toute évidence, n'étaient dirigées que contre M. Clément. Or, le dirigeable de celui-ci ne causait aucun préjudice à M. de Lamotte-Breuil qui usait de son droit de se clôre sans motif sérieux et légitime, car le motif de se faire acheter son terrain ne peut pas être pris en considération. Donc *il abusait de son droit*. Le cas ne s'est pas présenté en jurisprudence parce que la commission de contentieux de l'Aéro-Club ainsi que le comité de contentieux de la Ligue nationale aérienne, consultés, tout en reconnaissant que les faits précédents constituent un abus de droit, ont pensé qu'il était opportun de ne pas influencer les parties intéressées en ce qui touche la ligne de conduite qu'elles croient devoir suivre, et qu'il n'était pas prudent de conseiller un procès en présence des flottements de la jurisprudence. Mais il nous semble probable que des litiges de cette sorte ne seront pas longs à se présenter devant les tribunaux (Cf. Sourdat, I, 440, *quater*. — Laurent, t. XX, n^{os} 409-410. — Dalloz, *Répert. V^e Resp.*, n^{os} 101 et suiv. *Suppl.*, 60 et suiv.).

1. V. art. 905-910 du Code civil allemand. — V. Porcherot, thèse, p. 200-201.

sérieux et légitime. Le premier peut se formuler ainsi :

Tout exercice du droit de propriété qui, sans constituer une violation d'un droit, ni une contravention à une loi, a pour but de nuire à autrui, est par cela même un fait délictuel. Le second critérium est le suivant : *Tout exercice de droit de propriété destiné à empêcher l'exercice de l'activité d'autrui sans aucun intérêt sérieux et légitime, est un fait délictuel.*

Nous avons tiré de la jurisprudence ces deux formules une après l'autre, parce qu'il y a une grande affinité entre elles et que les jugements ou arrêts associent toujours les deux expressions : acte accompli sans intérêt et acte accompli par pure malice, dans le seul but de nuire à autrui. Pour certains auteurs (1) les tribunaux ne prennent en considération le défaut d'intérêt que lorsqu'ils y voient la preuve de la mauvaise foi. Nous préférons l'opinion de M. Josserant (2) qui croit que l'intention de nuire n'est décisive que parce qu'elle relève l'absence d'un intérêt sérieux et légitime.

Quant à l'hypothèse de l'abus du droit de la part de celui qui, ayant plusieurs manières d'exercer son droit, choisit sans nécessité et dans le dessein manifeste de

1. V. Porcherot, *loc. cit.*, p. 303.

2. *Op. cit.*, p. 20.

nuire, celle qui peut être préjudiciable à autrui (1), elle rentre dans les cas examinés plus haut.

Mais il y a des cas où on ne peut relever à la charge de l'auteur d'un acte préjudiciable ni une intention malicieuse, ni le défaut d'intérêt sérieux et légitime, ni une faute au sens traditionnel du mot, c'est-à-dire un défaut de précaution, une négligence : c'est, en effet, que le propriétaire a pris toutes les précautions que la science lui permet de prendre, sans réussir à éviter de nuire aux voisins. Et toutefois ce dommage fatal ne doit pas être supporté par les voisins. La jurisprudence s'est vue obligée à élargir la théorie de la responsabilité et à donner satisfaction aux nécessités sociales. Encore une fois le droit de propriété s'est plié et l'abus du droit a été l'instrument juridique de cette transformation.

C'est surtout à propos des établissements industriels que se posent ces problèmes. Le décret du 15 octobre 1810, exige pour les industries insalubres, dangereuses ou incommodes, l'autorisation administrative, soit pour leur installation, soit pour une simple modification dans le fonctionnement d'un établissement déjà existant.

Malgré leur autorisation, et bien qu'ils n'excèdent

1. V. trib. civ. Draguignan, 17 mai 1910. D. 911. 2. 1.33 — Cf. C. prussien, 1^{re} partie, art. 36. On ne doit pas indemnité pour un dommage causé par l'exercice de son droit, à moins qu'entre plusieurs manières de l'exercer, on n'ait choisi à dessein celle qui pouvait être préjudiciable.

pas les limites de celle-ci, ces établissements peuvent causer aux voisins des incommodités (envoi de fumée, d'exhalaisons fétides ou nuisibles, bruits intolérables) qui dépassent les inconvénients ordinaires du voisinage.

Les propriétaires de ces établissements sont-ils fondés à se retrancher derrière l'autorisation dont ils se sont pourvus pour échapper à toute responsabilité ?

Cette solution, vraiment contraire à la solidarité, a été soutenue.

« Lorsqu'un établissement fonctionne, disait M. Duvergier (1), en respectant les lois et les dispositions des règlements soit généraux, soit spéciaux, celui qui l'exploite ne franchit point les limites assignées à l'exercice du droit de propriété. Personne ne peut donc réclamer la réparation du préjudice qu'il cause, car l'exercice d'un droit ne peut jamais donner naissance à une action en dommages-intérêts. »

Ainsi l'autorisation administrative assurerait aux propriétaires une impunité absolue et ne laisserait rien subsister de l'obligation générale de voisinage.

Une telle manière de voir ne pouvait durer longtemps, en présence du mouvement de socialisation du droit.

D'abord embarrassée par la nouveauté de la question,

1. *Revue française et étrangère de législation*, t. X, année 1843, p. 425 et 601.

la jurisprudence a fait une distinction entre le dommage moral, c'est-à-dire la simple dépréciation, et le dommage matériel qui, lui seul, autorise la réclamation d'une indemnité (1). Mais les tribunaux ne tardèrent pas à abandonner cette distinction et à décider que le dommage causé par ces établissements doit être réparé s'il excède les inconvénients ordinaires du voisinage (2).

Les établissements industriels qui, bien que munis de l'autorisation administrative, sont une cause de dommage pour les propriétés voisines, engagent la responsabilité de leurs propriétaires. Il importe peu qu'ils ne soient pas sortis des limites de l'autorisation. L'autorisation n'a eu en vue que l'intérêt général, qui est d'ordinaire un intérêt d'ordre sanitaire : elle n'a pas entendu s'occuper des intérêts des particuliers. En d'autres termes, elle n'a été accordée que sous la condition tacite de ne porter aucune atteinte aux droits des

1. Cassation, 19 juillet 1826. S. 8. 1. 396. — Cf. Ducroq, *Droit administratif*, 5^e éd., t. VII, n° 314.

2. Cf. Capitant, *loc. cit.*, p. 177. — Huc, t. VIII, n° 434. — Demolombe, t. XII, n° 653 *in fine*. — Hauriou, *Dr. adm.*, 7^e éd., p. 572. — Cassation, 3 janvier 1887. S. 87. 1. 263. — Cass., 24 avril 1865. S. 66. 1. 269. — Cassation, 5 déc. 1887. D. 88. 1. 205. — Cass., 25 août 1869. S. 69. 1. 473. — Cassation, 27 nov. 1844. S. 44. 1. 812. — 26 mars 1873. S. 73. 1. 256. — Cassation, 28 fév. 1848. 1. 311. D. 48. 1. 122. — 11 juin 1877. S. 78. 1. 209, P. 78. 523 (note Boullanger). — Cass., 17 avril 1872. S. 72. 1. 71. — Orléans, 22 nov. 1889. D. 9. 120. — Cass., 3 janvier 1887. D. 88. 1. 39. — Cass., 23 oct. 1894. S. 95. 1. 222.

voisins et de ne pas franchir les bornes des inconvénients ordinaires du voisinage.

Certains arrêts, qui se rattachent à cette jurisprudence, reconnaissent que le propriétaire de l'usine n'a commis aucune faute ; ils le déclarent néanmoins responsable.

Cette jurisprudence se rapproche de celle relative aux rapports entre la propriété du tréfonds et la propriété de la surface. Les exploitations souterraines ont pour effet de détruire l'équilibre de la surface, en causant des nombreux et importants dommages à la surface du sol ; ils interceptent les sources d'eau ; ils causent aux terrains cultivés des éboulements, des crevasses, des fendards ; aux immeubles bâtis ils ébranlent la solidité, ils déterminent toute sorte de dommages, en dénivellant les planchers et en lézardant les murailles (1).

Quelle sera la responsabilité du propriétaire du tréfonds pour ces dommages ? La Cour de Lyon, les 21 août 1828 et 17 janvier 1833 (2), a décidé que le propriétaire de la surface n'avait droit à aucune indemnité à raison du dommage causé par l'exploitation de la mine lorsqu'il avait reçu sans réserve la redevance.

Ce système, trop absolu, n'a pas triomphé. On a dû

1. V. Ch. Lesoudier, *Responsabilité du propriétaire du tréfonds vis-à-vis du propriétaire de la surface* (Rev. trim., 1906, p. 545 et suiv.).

2. D. 1833. 2. 49.

reconnaitre la responsabilité du propriétaire de la mine pour tous les dommages causés par les travaux d'exploitation (1), pour l'affaiblissement des constructions, même de celles construites après la concession (2).

La responsabilité peut découler de la faute ou de la négligence ou imprudence de celui qui exploite la mine, et alors c'est le système de la responsabilité de droit commun qui s'applique (3). Mais dans cette doctrine commune, on appliquait l'adage : *Neminem lædit qui suo jure utitur*, lorsque le dommage qui résultait de l'exercice du droit du concessionnaire, qui avait pris toutes les précautions nécessaires, n'était pas la suite d'une faute. M. Labbé (4) remarque que les fautes dans l'accomplissement de ce genre de travaux sont rares, parce qu'ils sont dirigés par les ingénieurs les plus habiles. Mais, malgré la rareté des fautes, les accidents sont fréquents, « ils viennent, dit M. Labbé, se jouer de la prudence humaine, parce que l'exploitation souterraine est une entreprise d'une hardiesse exceptionnelle, une sorte de défi courageux aux forces de la nature ». Et il faut donner satisfaction au propriétaire de la surface, sous peine d'injustice. On arrive

1. Cass., 4 janvier 1841. S. 41. 1. 325. — Cass., 20 juillet 1842. S. 42. 1. 963.

2. Dijon, 21 août 1856. S. 56. 2. 218. — Cass., 17 juin 1857. S. 57. 1. 639. Les deux arrêts rapportés ensemble, D. P., 57. 1. 175.

3. V. Lesoudier, *loc. cit.*, p. 555. — Génv, Pand. franc., 1896. 1. 337.

4. Note S. 1872. 1. 353.

ainsi à accorder des dommages-intérêts au propriétaire de la surface même quand le propriétaire du tréfond n'est pas en faute (1). On a tiré cette responsabilité de l'esprit, de l'ensemble de disposition de la loi du 21 avril 1810, notamment de la combinaison des articles 10, 11, 15, 43, 45, dans tous lesquels on voit les intérêts du propriétaire de la surface protégés contre les entreprises du propriétaire de la mine (2).

Par suite de la concession d'une mine, dit M. Géný (3) deux propriétés superposées sont créées, l'une comprenant la surface, l'autre le tréfonds : la constitution artificielle de ces deux propriétés distinctes établit entre l'une et l'autre des rapports nécessaires... et dès lors aussi des obligations réciproques dont la loi de 1810 a dû tenir compte. La loi de 1810 a donc constitué un régime *sui generis*, celui des deux propriétés en contact par superposition, ayant chacune, à les prendre isolément, la plénitude de ses attributs, mais se trouvant, par le rapprochement de leurs objets, asservies l'une envers l'autre à des obligations de voisinage, de même nature mais plus complexes que celles qui existent entre deux

1. V. Dalloz, *Rép. V^e Mines*, n^{os} 348 et suiv. *Suppl. eod.* V. n^o 449 et suiv. — Fuzier-Hermann, *Rép. V^e Mines*, n^{os} 1048 et suiv. — Géný, *Revue de légis. des mines*, 1897, p. 4. et 5. — *Revue bourguignonne de l'enseignement supér.*, t. VII, année 1897, p. 151, 152. — Note P. fr., 1896. I. 337. — Labbé, *loc. cit.*

2. Cass., 16 nov. 1852. S. 53. I. 756. — Lyon, 14 mars 1877. S. 80. 2. 102.

3. *Revue légis. mines*, 1885, p. 124 et suiv.

fonds simplement juxtaposés. C'est en vertu d'un véritable *statut de propriété*, d'après M. Gény (1) que, indépendamment de toute faute du concessionnaire, la mine doit laisser intacte la destination naturelle de la surface, celle de servir dans l'avenir, comme dans le passé, à la culture ou pour les constructions.

Examinons maintenant la jurisprudence relative aux établissements incommodes, insalubres ou dangereux, classés par le décret du 1^{er} octobre 1910 comme telles. Nous examinerons ensuite la jurisprudence relative aux hypothèses où il n'intervient pas d'autorisation administrative, et où la solution se justifie par un raisonnement *a fortiori*, parce que n'étant pas l'examen administratif, il y a une garantie de moins. Les auteurs qui ont soutenu que l'autorisation administrative met à l'abri de toute réclamation les établissements classés, ont enseigné que les établissements non classés trouvent dans cette omission la meilleure de toutes les autorisations et que protégés par une sorte d'autorisation tacite sont à l'abri des réclamations (2). Mais cette opinion est isolée (3). Donc, soit pour un établissement autorisé, soit pour un établissement non autorisé, la responsabilité est engagée, dès que les inconvénients excèdent la limite de la tolérance qu'exige le voisinage. Ainsi,

1. P. fr., 95. 1. 337.

2. Duvergier, *Rec. étrang. et franç.*, t. X, p. 624.

3. V. Demolombe, t. XII, n° 657.

la Cour de Nîmes (1) a condamné à des dommages-intérêts, envers le propriétaire d'une vigne, le propriétaire d'une mine par le fait que les émanations des vapeurs de goudron rendaient impropre à la consommation le vin produit par la vigne. La Cour de cassation (2) a condamné une compagnie de chemins de fer, qui respectait les conditions dans lesquelles elle était autorisée à fonctionner, à des dommages-intérêts envers le propriétaire d'une blanchisserie de cire voisine d'une gare auquel elle avait causé des dommages par l'envoi des fumées (3). De même pour le dépôt des matières fétides répandant des odeurs insalubres ou gaz nuisibles (4), de nature à

1. 30 avril 1895, n° 336. — Cf. Orléans, 19 fév. 1909. S. 1910. 2. 55. — Cass., 24 janv. 1866. S. 66. 1. 170. — Aix, 8 déc. 1902. *Gaz. des Trib.*, 30 déc. 1902 (fumée d'usine endommageant une vignoble).

2. 3 janv. 1887. S. 87. 1. 262 ; D. 81. 1. 39. — Cf. trib. de l'Emp. allemand, 20 nov. 1886. P. fr., 88. 5. 20.

3. V. aussi Colmar, 16 mars 1827. S. 28. 2. 23. — Douai, 30 mai 1854. D. 55. 2. 26. — Cass. req., 14 juillet 1875. S. 75 (plainte d'un fabricant de cire blanche). — Cass. req., 18 juin 1875. S. 76. 1. 447 (plainte d'une blanchisserie contre une fabrique de porcelaine). — Orléans, 25 fév. 1885. D. 86. 2. 227.

4. Cass., 8 juin 1867. S. 68. 1. 305. — Colmar, 16 mai 1827. S. 27. 2. 368. — Cass., 11 juill. 1826. S. 26. 1. 388. — Cass., 3 mai 1827. S. 27. 1. 589. — Cass., 27 nov. 1844. S. 44. 1. 811. — Amiens, 18 juill. 1845. S. 45. 2. 475. — Agen, 17 fév. 1855. S. 55. 2. 311. — Cass., 24 nov. 1865. S. 66. 1. 169. — Metz, 10 nov. 1808. S. 808. 2. 38. — Cass., 18 nov. 1884. D. 85. 1. 71. — Bordeaux, 21 juin 1859. D. 59. 2. 187. — Nancy, 12 mars 1909. S. 09. 2. 166 (fumier répandant une odeur intolérable). — Cass. req., 14 février 1910. S. 1910. 1. 296 ; D. 910. 1. 136 (séchoir de peaux fraîches qui répand une odeur nauséabonde en dépit de toutes les mesures qui ont pu être prises). — Cass. req., 7 déc. 1909. D. 910. 1. 95 (les voisins d'une usine étaient soumis à des émanations constantes, intolérables et dangereuses, dit la Cour suprême).

nuire à la santé et aux récoltes; pour les étincelles qui s'échappent de l'usine (1); pour le bruit intolérable causé par le roulement d'une usine, ou l'exploitation d'une industrie (2); pour la corruption d'un cours d'eau par le déversement des eaux usinières (3).

Même jurisprudence relative aux établissements qui n'ont pas besoin d'autorisation: ainsi jugé que l'établissement par le propriétaire d'une maison, d'un bal public dans une partie de cette maison, séparée de celle du voisin par un mur mitoyen, peut le soumettre à des dommages-intérêts lorsqu'il est constant que ce bal est d'une incommodité qui excède les limites tolérables (4). Même décision quand les bals sont dans une salle de Casino (5); quand les troubles sont causés par une salle de fêtes (6), par un théâtre (7), par une école publique (8),

1. Paris, 30 août 1858 et Bordeaux, 21 juin 1869. D. 69. 2. 187. — Cass., 3 janv. 1887. D. 88. 1. 39. — Toulouse, 6 mai 1902. P. 05. 2. 105 (contre compagnie chemin de fer). — Bordeaux, 24 juin 1859. S. 60. 2. 41. — Cass. req., 4 avril 1906. D. 908. 1. 537. — Cass., 20 nov. 1866. S. 67. (Incendie causé par le feu des locomotives.)

2. Amiens, 18 juillet 1845. S. 45. 2. 475. — Cass., 28 fév. 1848. S. 48. 1. 311. — Cass., 20 février 1849. S. 49. 1. 346. — Paris, 18 mai 1860. D. P., 60. 2. 116. — Metz, 23 août 1863. S. 64. 2. 57. — Dijon, 10 mars 1865. S. 65. 2. 343. — Bordeaux, 21 mai 1867. D. P., 69. 1. 159. — Cass., 17 avril 1872. S. 72. 76. — Orléans, 23 nov. 1889. D. P., 91. 2. 120.

3. Cass., 11 juin 1887. S. 78. 1. 209 (ce déversement était autorisé par l'administration).

4. Cass. req., 17 avril 1872. S. 72. 1. 76.

5. Bordeaux, 21 mai 1867. S. 69. 2. 159.

6. Trib. Marseille, 10 mars 1905. S. 05. 2. 149.

7. Trib. Seine, 1^{er} juillet 1863. — Cass., 13 avril 1865. S. 66. 1. 169 (stationnement prolongé des voitures devant sa maison et le dépôt d'immondices le long de la façade).

8. Cour de Paris, 9 déc. 1904. S. 905. 2. 175; D. 905. 2. 319 (note Ripert).

par une machine d'imprimerie (1), par une forge (2), une boulangerie (3).

Dans tous les cas, la jurisprudence déclare responsable le propriétaire, le directeur du théâtre, la Ville de Paris, parce que la gêne dont on se plaignait, dépassait la tolérance ordinaire admise entre voisins ; certains arrêts (Cass., 24 avril 1865 précité) (4) trouvent une faute à la charge du défendeur ; d'autres reconnaissent en termes formels que le propriétaire a pris toutes les précautions possibles, et néanmoins l'obligent à indemniser les voisins (5).

La Cour de Limoges, 5 février 1902 (6), a condamné à des dommages-intérêts le propriétaire d'un hospice de tuberculeux qui, observant rigoureusement toutes les mesures antiseptiques prescrites par la science, cause par le seul fait d'avoir établi un foyer de contagion, un dommage aux voisins qui doit être réparé.

Enfin, la jurisprudence par une suite imposante d'arrêts décide que le fait d'exploiter une maison de tolérance constitue une faute qui rend son auteur responsable du

1. Cass., 21 janv. 1891. D. 92. 1. 156.

2. Bordeaux, 15 juill. 1845. S. 47. 2. 537 ; D. 47. 2. 681.

3. Orléans, 22 nov. 1889. D. 91. 2. 120.

4. Le préjudice était dû à l'insuffisance du vestibule conduisant à l'entrée principale de la salle, et à celle des urinoirs disposés pour les besoins du théâtre.

5. Bordeaux, 21 juin 1859. D. P., 59. 2. 187. — Orléans, 25 fév. 1885. D. 86. 2. 227 et Cass. reg., 3 janv. 1887. D. 88. 1. 39. — V. Cap., *loc. cit.*, p. 178.

6. D. 1902. 2. 95.

préjudice qui en résulte pour les voisins (1). Cette jurisprudence relative aux maisons de tolérance peut être critiquée. Elle peut être morale, mais au point de vue juridique y a-t-il une faute de la part de celui qui, avec la tolérance administrative, laquelle constitue en la circonstance une véritable autorisation, comme dit M. Demolombe (2), ouvre une telle maison ? Nous en doutons, et nous pensons qu'il ne faut condamner ce propriétaire que lorsque celui qui se plaint invoque des bruits ou des scandales excessifs (3) et ne se plaint pas seulement du fait que le propriétaire consacre sa maison à une telle destination. On peut ajouter que ces maisons ne sont pas tolérées que dans ceux des quartiers où les habitants peuvent s'attendre, plus ou moins, à cette sorte de voisinage (4).

Nous avons examiné jusqu'à présent la jurisprudence relative aux établissements, soit autorisés, soit non

1. Besançon, 3 août 1859. S. 60. 2. 255. — Cass., 3 déc. 1860 et 27 août 1861. S. 61. 1. 840. — Cass., 5 juin 1882. S. 84. 1. 71. — Aix, 19 nov. 1878. S. 79. 2. 139. — Cass., 8 juill. 1884. S. 85. 1. 487. — Montpellier, 18 fév. 1878. S. 98. 2. 160. — Alger, 22 fév. 1898. S. 99. 2. 107.

2. *Loc. cit.*, p. 148.

3. Dans le cas jugé par la Cour d'Alger, 22 fév. 1898 (S. et P., 1899, 2. 107; D. P., 99. 2. 6.), le propriétaire d'une maison voisine se plaignait de la gêne que lui causaient les propôs, les spectacles injurieux qui se manifestaient dans la maison de tolérance (Cf. aussi Riom, 28 nov. 1901, S. et P., 1902. 2. 48).

4. Cf. Demolombe, *loc. cit.*, n° 654, *in fine*. — Trib. Seine, 25 avril 1860. *J. du P.*, 1860, p. 497.

autorisés. Les mêmes solutions s'appliquent quand celui contre qui on dirige la demande est un simple particulier. Ainsi, la Cour de cassation, le 19 avril 1905 (1), a condamné celui qui, sans pouvoir être taxé de négligence ou d'imprudence, a laissé produire par un dépôt de charbon, des poussières nuisant aux plantes et à la bonne exploitation des maisons voisines, parce que ces inconvénients excédaient la limite tolérable entre voisins (2).

Il résulte de l'examen de la jurisprudence, que l'étendue du droit de propriété est fixée par les usages locaux, par la situation de l'immeuble, qui constituent l'ambiance économique et qui fixent la discipline sociale de l'exercice du droit de propriété. C'est de ces éléments que le juge, dans sa souveraine appréciation (3), doit tenir compte pour décider qu'on se trouve en présence d'un exercice anormal, abusif du droit de propriété. Nous avons cité plus haut (4) l'arrêt de la Cour de Douai et celui de la Cour de Bordeaux, qui considéraient comme des inconvénients qui doivent être tolérés, l'établissement d'une marquise ou le commerce de la morue dans un quartier où l'usage existe de faire ce commerce.

1. D. 05. 1. 256.

2. Cf. trib. Tour, 29 mars 1904. D. 05. 2. 199. — Gand, 28 janv. 1901. *Belg. judic.*, 1901. 330. — Cf. Demolombe, *loc. cit.*, p. 153.

3. V. Appert, note S. 1905. 2. 41.

4. P. 40.

C'est sur ces idées que nous fondions la critique de la jurisprudence relative aux maisons de tolérance. Nous disions que ces maisons ne sont tolérées que dans les quartiers où les habitants peuvent s'attendre à cette sorte de voisinage, et nous n'avons rien à dire contre les arrêts qui, comme celui de la Cour de cassation du 3 décembre 1860 (1), constatent, pour établir la responsabilité, que la maison de tolérance a été ouverte dans un quartier paisible et honnête. Dans le même ordre d'idées nous pouvons citer l'arrêt de la Cour de cassation, 27 novembre 1844 (2), qui a fort justement dit : « Qu'on ne peut considérer toute espèce de bruit causé par l'exercice d'une industrie, comme constituant le dommage qui peut donner lieu à une indemnité. » Mais on ne doit pas poser en principe que dans une ville industrielle, les habitants n'ont pas droit à aucune prétention pour les inconvénients qui viennent d'une usine. Seulement, comme le remarque Laurent (3), ils doivent supporter dans la plus large mesure les inconvénients.

C'est une question très difficile, et qui doit être laissée entièrement à l'appréciation des juges, celle d'établir les limites de la propriété.

Il n'est pas juste et équitable que l'abus que mon

1. S. 61. 1. 840.

2. Derosne, *Dev.*, 1844. I. 811, cité par Demolombe, *loc. cit.*, n° 658.

3. Laurent, VI, n° 145.

voisin fait de son droit, en exerçant d'une manière anormale le droit de propriété, puisse paralyser dans mes mains l'exercice de mon droit (1). Mais il n'est pas moins vrai que les juges, loin de paralyser toute activité, doivent trouver une formule qui concilie tous les intérêts. « Ils prendront en considération, dit Demolombe (2), la qualité de lieux, comme disait Domat (3), suivant qu'il s'agira de décider la question, soit dans les villes, où les habitations sont nécessairement agglomérées, soit dans les campagnes, où elles se touchent beaucoup moins; dans certaines villes presque exclusivement consacrées à l'exploitation des différentes sortes d'industries plus ou moins bruyantes et incommodes, ou dans les villes peu commerçantes et plus calmes; et quelquefois dans la même ville, on pourra tenir compte des différents quartiers, des usages anciens qui y ont toujours été observés, pour décider, suivant les cas, si le propriétaire qui se plaint a pu et dû plus ou moins raisonnablement s'attendre à l'inconfort contre laquelle il réclame. »

Mais M. Demolombe croit que les juges doivent tenir compte, dans leur appréciation, de la préoccupation, c'est-à-dire de l'antériorité de la possession. Cette antériorité de possession et d'existence par rapport à la

1. *Loc. cit.*

2. Lois civ., liv. I, titre XII, sect. I, n° 10.

3. Demolombe, *loc. cit.*, n° 658.

construction de l'établissement industriel gênant, justifie la demande; au contraire, l'antériorité de l'usine créerait au profit de l'usiner un droit de préoccupation formant obstacle à la plainte des voisins (1). Cette théorie est repoussée par la doctrine moderne (2), et par la jurisprudence (3). Mais, les auteurs et la jurisprudence reconnaissent que la préoccupation joue un rôle lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue du préjudice, ou la bonne foi de celui qui se plaint (V. l'arrêt d'Aix, 19 nov. 1878, précité). Dans une espèce qui s'est présentée devant la Cour de cassation le 11 mars 1896 (4), le propriétaire d'une surface, dont le tréfonds était concessionné à la compagnie de Sens, voulait construire sur le terrain, affaibli par l'exploitation, affaiblissement qui ne pouvait être prévenu par aucun moyen industriellement praticable. La Compagnie fait connaître au superficiaire que le terrain n'est pas apte à bâtir, que s'il construit elle n'entend pas prendre la responsabilité des dommages futurs, et s'offre à régler par la voie de l'expertise ou par voie amiable l'indemnité pour la

1. Demolombe, *loc. cit.*, n° 659.

2. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, VI, n° 221. — Aubry et Rau, 5^e éd., II, § 194. p. 302.

3. Dijon, 10 mars 1865. S. 65. 2. 343. — Colmar, 16 mars 1827. S. 28. 2. 23. — Lyon, 20 mars 1852. S. 53. 2. 277. — Aix, 19 nov. 1878. S. 79. 2. 139. — Alger, 22 fév. 1898. S. 99. 2. 107. — Cass., 13 mars 1900. D. 900. I. 1. 283; S. 904. 1. 353 (Ferron). — Cass., 18 fév. 1907. D. 907. 1. 385.

4. P. fr., 1896. 1. 337 (note Géný).

dépréciation de la propriété. La Cour de Douai, le 16 novembre 1893 (1), a reconnu la justesse des prétentions de la Compagnie. Mais la Cour suprême, voyant une atteinte au droit de propriété, a repoussé ces prétentions.

Nous croyons qu'ici le droit de préoccupation devait rentrer en ligne de compte pour deux motifs : en premier lieu, il pouvait servir à empêcher que le superficiaire se crée une cause de dommage à lui-même, en édifiant à son gré des constructions sur le sol déconsolidé et en menaçant la Compagnie des conséquences désastreuses d'une responsabilité successive qui la met, d'une façon presque indéfinie, à la merci du caprice des superficiaires qui lèveront un tribut arbitraire sur l'exploitation (2) ; ensuite le droit de préoccupation pouvait servir à établir la mauvaise foi du superficiaire, qui, avisé de la déconsolidation du sol, n'a pas voulu tenir compte des périls auxquels son terrain était exposé, et qui, au mépris de ce péril, uniquement dans le but vexatoire de demander plus tard des dommages, a construit sur son terrain. Il exerçait son droit en construisant, et personne, comme le dit la Haute Cour, ne pouvait le priver de ce droit. Mais il commettait un abus de droit en l'exerçant dans un but vexatoire.

1. P. fr., 95. 2. 1.

2. Voyez sous l'arrêt de Cass. la note de M. Génv.

Toutefois, l'arrêt de la Cassation reconnaît que par l'avis de la déconsolidation du sol, le concessionnaire a pu diminuer la responsabilité qui lui incombera dans l'avenir (1).

Nous avons vu la jurisprudence à l'œuvre. Pour formuler ses résultats, nous pouvons dire que dans l'état actuel de notre droit, *il n'est pas permis d'user de son droit dans des conditions anormales*.

Après avoir résumé les solutions de la jurisprudence il faut nous demander qu'elle a été l'attitude de la doctrine. Elle a cherché à coordonner ces solutions, à les expliquer, à fournir une idée directrice; mais l'accord est loin de régner et l'idée directrice de la jurisprudence est difficile à dégager (2).

Examinons les divers *critériums* qui servent à la jurisprudence pour trouver l'abus de droit.

A. — *Théories sur la « règle malitii non est indul-*

1. Cf. Loi prussienne du 24 juin 1865, § 150 : « Le concessionnaire de mines n'est pas tenu de payer les dommages causés par l'exploitation de la mine à des bâtiments ou d'autres établissements, lorsque ceux-ci ont été installés à une époque où le danger qui les menaçait, par suite de cette exploitation, ne pouvait pas rester inconnu au possesseur du sol, si celui-ci y portait une attention ordinaire. Lorsqu'à cause d'un danger pareil, l'érection des pareils établissements ne peut avoir lieu, le possesseur du sol n'a pas droit à un dédommagement de la moins-value que le terrain subit, s'il ressort des faits, que l'intention d'ériger ces établissements, n'est manifestée par lui que pour obtenir ce dédommagement ». Le projet de loi présentée à la Chambre le 5 mai 1894, contenait une disposition analogue dans l'article 52.

2. V. Charmont, *les Transf. du droit*, p. 206.

gendum ». — Cette règle dont on trouve les origines en droit romain et les applications dans l'ancien droit français, est appliquée par la jurisprudence, qui trouve une faute caractérisée de la part de celui qui use de son droit, avec l'intention de nuire à autrui (1). Beaucoup des auteurs admettent ces solutions (2). Ils justifient les solutions de la jurisprudence d'abord par des considérations de morale et d'équité. « Est-ce bien user de son droit que de l'exercer dans le seul but de nuire ? Pourquoi les droits sont-ils sanctionnés par la loi ? » se demande Laurent. Et il répond : « Parce que ce sont des facultés qui nous sont nécessaires pour remplir notre mission sur cette terre. Notre mission serait-elle par hasard de faire le mal pour le plaisir de faire le mal ? Et le législateur doit-il sa protection à celui qui emploie à faire le mal un droit qui lui a été accordé comme instrument de développement physique, intellectuel et moral ? La conscience répond avec les jurisconsultes romains : *Malitiis non est indulgendum*. »

On invoque aussi une raison d'utilité sociale : « La

1. Charmont, *Rev. critique*, 1898, p. 129.

2. Sourdat, 6^e éd., n° 439 et suiv. — Larombière, *Oblig.*, t. VII, art. 1382, n° 11. — Laurent, 6, n° 140. — Aubry et Rau, t. II, § 194, note 19. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *les Biens*, n° 222. — Ferron, note S. 1905. 2. 17. — Josserand, note D. 1906. 2. 105. — Toullier, t. XI, n° 119. — Fromageot, *de la Faute en droit privé*, p. 74. — Saleilles, Rapport, p. 13. — Sauzet, *Étude sur le nouvel article 1780 du Code civil*, nos 18 à 30. — Ronjat sous S. 1893. 1. 41. — Tissier, *Rev. critique*, 1904, p. 512. — Hauriou, note S. 1905. 3. 17.

dynamique des droits, leur exercice social, s'accompagne d'une limitation qui, d'après Ihering, adoucissait à Rome ce que la liberté, admise en principe, d'user de son droit avait en apparence de trop absolu. Voltaire a écrit : un droit porté trop loin devient une injustice. On a le devoir de le faire valoir *civiliter*, règle qui se formule en cette autre : *malitiis non est indulgendum*, et dans cette axiome : *sumnum jus, summa injuria* » (1).

Comme arguments juridiques, on donne un argument rationnel et des arguments de texte. D'abord, dit-on, la règle *neminem lædit qui suo jure utitur*, doit s'entendre d'un usage normal, conforme à la destination des droits, et non d'un usage antisocial, contraire à l'esprit du droit et par conséquent constitutif d'abus (2). On fait valoir aussi les textes : l'article 52 de la loi du 3 mars 1841, qui dispose que : « les constructions, plantations et améliorations ne donneront lieu à aucune indemnité, lorsque, à raison de l'époque où elles auront été faites ou de toutes autres circonstances dont l'appréciation lui est abandonnée, le jury acquiert la conviction qu'elles ont été faites dans la vue d'obtenir une indemnité plus élevée », et l'article 1153 du Code civil qui décide que « le créancier auquel son débiteur en retard

1. Picard, *le Droit pur*, 1899, c. XIII, p. 141.

2. V. Porcherot, p. 73. — Josserand, *l'Abus des droits*, p. 52.

a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance » (1).

Mais cette doctrine, qui approuve la jurisprudence, et qui rallie la grande majorité des suffrages (2), est combattue par d'autres auteurs. Demolombe (3), trouve cette théorie, inadmissible, malgré son ancienneté traditionnelle. En droit, le texte de l'article 544 qui dispose que c'est de la manière la plus absolue, que le propriétaire a le droit de jouir et disposer de sa chose, forme une fin de non-recevoir insurmontable à l'allégation que le propriétaire n'agit que par pur malice : en fait, il craint que la recherche des intentions qui est pleine d'incertitude et d'arbitraire deviendrait dans les relations de voisinage une source intarissable de querelles et de procès.

M. Bufnoir (4), qui pose en principe que l'exercice malicieux d'un droit est un abus qui oblige à réparation, refuse d'appliquer ce principe au droit de propriété, qui étant absolu et légitime par lui-même, ne saurait être soumis à la théorie de l'abus du droit. Il regrette la jurisprudence qui applique à la propriété l'adage *malitiis non est indulgendum*. « Cette jurisprudence, si respec-

1. V. Porcherot, p. 74. Voyez sur cet article, notre thèse, p. 26.

2. V. Josserand, p. 51.

3. T., XII, n° 648 et suiv.

4. *Propriété et contrat*, 1901, p. 807-808.

table qu'elle soit, dit-il, me semble d'une application bien délicate. Car, je ne vois pas comment il sera possible juridiquement de fixer la limite de ce qui sera permis au propriétaire et de ce qui sera défendu. Ou commencera l'abus? Posera-t-on, en principe, que toute faculté quelconque comprise dans le droit de propriété, lorsqu'elle sera exercée uniquement dans le but de nuire et sans profit pour la propriétaire, pourra faire l'objet d'un délit civil? S'il en est ainsi, les droits compris dans la propriété n'ont plus de légitimité en soi, ils ne se justifient que par leur but. Ils n'existent et ne peuvent être exercés que s'ils ont une cause légitime en dehors du droit de propriété. La propriété ne suffit plus, par elle seule, à justifier l'exercice des facultés qui s'y trouvent comprises. Dira-t-on que c'est seulement l'exercice de certaines facultés qui pourraient être l'objet d'un usage abusif? Mais alors comment les distinguer des autres? Il y aurait donc, dans un droit, des facultés principales et essentielles qui le constituent, et que le titulaire du droit peut exercer sans avoir à rendre compte de son but, et des facultés accessoires pour lesquelles il faudrait justifier d'un but légitime. Je ne vois pas que notre théorie de la propriété puisse justifier aucune exception de ce genre. La loi a déterminé, par l'admission de servitudes légales et de servitudes administratives, dans quelle mesure un propriétaire, suivant la chose qui fait l'objet de son droit, peut

user de sa propriété, et c'est peut-être le cas de dire que tout ce qui n'est pas défendu est permis. » M. Esmein (1) rejette toute application de la règle qui peut être basée sur une conception de morale, mais qu'on ne peut ériger en règle de droit sous peine de confondre la faute morale avec la faute juridique : « La faute prévue par l'article 1382 ne peut être qu'un acte illicite et l'exercice d'un droit dans les limites que la loi lui a tracées ne saurait être illicite, quelle que soit l'intention de celui qui l'exerce. En entrant ainsi dans la recherche des intentions, en professant qu'un droit malicieusement exercé, quoique sans aucune manœuvre dolosive, peut donner lieu à des dommages-intérêts, on substitue, nous le craignons, la faute morale à la faute juridique, et l'on transforme nos juges en censeurs. »

M. Planiol (2), examinant l'opinion des auteurs qui trouvent intolérable l'intention de nuire, dit : « L'idée est généreuse, mais est-elle exacte ? Les hommes passent leur vie à se nuire les uns aux autres ; la vie des sociétés est une lutte perpétuelle et universelle ; toute action, tout travail est un fait de concurrence économique ou sociale ; tout homme, toute nation qui acquiert une supériorité dans une branche quelconque de son activité en supprime d'autres, évince ses concurrents, leur

1. Note S. 1898. I. 17.

2. II, n° 871.

nuit, et c'est son droit de leur nuire. Telle est la loi de la nature et l'humanité n'a pas d'intérêt à s'y soustraire, parce qu'elle est le seul stimulant de son énergie. Il est manifestement impossible d'obliger celui qui triomphe aux dépens d'autrui à indemniser ses concurrents malheureux (1). » Les adversaires de l'application de notre règle invoquent aussi la difficulté de la preuve.

Ce dernier argument est insuffisant. D'abord, la difficulté de la preuve ne peut pas écarter les applications d'un principe. Ensuite, en fait, la preuve est possible, elle résultera, comme le dit M. Porcherot (2), des propos tenus devant des témoins ou de lettres échangées. M. Duffau-Lagarosse (3) remarque que la recherche d'intention est possible en matière de contrats et de testaments, et qu'il n'y a pas de raison pour qu'elle soit impossible dans notre cas.

A l'objection de M. Planiol, nous opposons la conception moderne du droit, résultat du mouvement social contemporain, qui a pour caractère essentiel « d'élargir le domaine du droit et de transformer en obligations positives ce qu'on était habitué à considérer comme des devoirs de charité » (4).

1. Cf. Planiol, *Fondement de la responsabilité* (Revue critique, 1905, p. 290).

2. P. 191.

3. *Du droit aux dommages-intérêts dans le dosage de services à durée indéterminée* (Revue critique, 1899).

4. Charmont, *Questions de responsabilité* (Rev. critique, 1898, p. 129).

Reste l'argument de MM. Bufnoir, pour le droit de propriété seulement, et Esmein, qui consiste à dire que l'exercice du droit est licite, tant qu'il reste dans les limites objectives, et que ces limites ne peuvent pas être déterminées par les recherches subjectives des motifs qui font agir le propriétaire. Autrement ce serait substituer la faute morale à la faute juridique. On peut répondre que ce n'est pas exercer son droit, que de l'exercer dans le but de nuire à autrui. Les droits nous ont été concédés par la loi, dans un but déterminé et, en les détournant de ce but, nous en abusons. Si, en vertu d'un intérêt sérieux, j'use de mon droit et que je cause un dommage à autrui par cet exercice, je ne suis pas responsable. « Si, au contraire, dit M. Duffau-Lagarosse (1), j'agis sans motifs légitimes, ou, à plus forte raison, avec le dessein de nuire, alors sous l'apparence du droit exercé, se cache en réalité un fait abusif, susceptible d'engager ma responsabilité s'il est dommageable ». J'ai violé le droit d'autrui, sans pouvoir lui opposer mon droit. Il y a, conclut M. Duffau-Lagarosse,

1. *Loc. cit.* « Le droit, écrit M. Duffau-Lagarosse, n'existe pas, que s'il a pour base un intérêt sérieux et légitime. En dehors de ce fondement rationnel, on ne peut parler ni de droits ni d'exercice du droit. Les facultés que la loi reconnaît à l'individu, sur les données fournies par sa nature, ne sauraient être rapetissées entre les mains de l'homme au rôle puéril d'un hochet; elles ne peuvent davantage être pour lui un instrument de vexation contre son semblable. Les droits ont été sanctionnés par le législateur pour assurer la paix dans la société et non pour servir les rancunes individuelles », p. 479 et suiv.

faute juridique et non pas seulement faute morale, comme le pense M. Esmein.

Les critiques dirigées contre la théorie de l'abus du droit sont inspirées surtout par la crainte de l'arbitraire, et c'est contre le vague et l'incertain qui se produit dans l'interprétation du droit par l'introduction de cette théorie, que luttent ses adversaires. Ils aiment mieux se tenir sur le terrain solide du droit et trouvent que la règle classique et traditionnelle, *qui suo jure utitur neminem lædit*, et la seule conforme à la logique, à l'intérêt social, qui veut la sécurité juridique. Ils craignent la recherche « délicate et inquisitoriale » du pouvoir judiciaire (1), qui pourra accorder ou refuser la protection légale, suivant les cas. M. Saleilles, lui-même, a reculé un moment devant cette objection (2). Mais, que des recherches d'intention la loi n'impose-t-elle au juge ? « Qu'on veuille bien se rappeler, dit M. Jossérand (3), le rôle capital joué, en matière de possession, de propriété, de paiement de l'indu, etc. etc., par la bonne ou la mauvaise foi des parties en présence : qu'il s'agisse de mariage, de droits réels, d'obligation, de responsabilité, la question de bonne ou de mauvaise foi domine les rapports juridiques et solutionne les litiges : « en

1. Alfred Martin, *L'abus du droit et l'acte illicite* (*Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Heft, I, Basel, 1906, p. 34).

2. *Théorie générale des obligations*, p. 370, n. 1.

3. *Loc. cit.*, p. 47.

vérité la bonne foi crée le droit » (1). La crainte de l'arbitraire n'a empêché le législateur de donner ces pouvoirs aux juges, et elle ne saurait briser l'élan d'une jurisprudence qui est justifiée par des arguments solides d'équité et d'utilité sociale.

B. — *Abus du droit de propriété caractérisé par le défaut d'intérêt sérieux et légitime.* — Ce critérium de la jurisprudence, qui est une aggravation de la règle *malitiis non est indulgendum* (2) élargit la conception de l'abus du droit. Il est approuvé par la grande majorité des auteurs. « On comprend parfaitement, dit M. Josserand (3), que je puisse fut-ce au prix d'un dommage infligé à mon voisin, accomplir un acte de propriété qui ne soit profitable, car si un droit m'a été concédé c'est afin que je l'utilise ; mais, ce qu'on ne conçoit pas, c'est que je puisse, sans profit réel, ni même possible, exercer mon droit de telle façon qu'il préjudicie à autrui. Car, il y aurait alors un préjudice perdu, causé en pure perte, donc une faute lourde commise par le titulaire et qui engage, vis-à-vis de la victime, sa responsabilité. »

Il faut, pour exercer son droit impunément, le mettre au service d'un motif légitime. C'est la même opinion que professe M. Hauriou, quand il dit que les droits ne

1. Cf. Emm. Lévy, *Responsabilité et contrat* (Rev. critique, 1898).

2. Porcherot, p. 196.

3. P. 55.

doivent pas être exercés dans les buts « qui ne sont pas ceux du commerce juridique » (1). Il n'est pas inutile d'ajouter que ce critérium, vient en aide à l'application de la règle *malitiis non est indulgendum*. On a dit (2) qu'il sera toujours facile à l'auteur d'un acte qui est inspiré par le désir de nuire, d'alléguer un intérêt individuel. Eh bien, il ne suffira pas d'alléguer un tel motif, il faudra qu'il soit encore légitime pour demander la protection du droit.

Les auteurs ont dirigé contre ce critérium les mêmes critiques : difficultés de preuve, augmentation des procès, crainte de l'arbitraire, la doctrine du droit de propriété absolu.

Nous pensons que ce critérium doit être maintenu, pour les mêmes raisons qui nous ont fait défendre la règle *malitiis non est indulgendum*.

Nous retrouverons plus tard des applications très intéressantes de cette idée, et nous reprendrons la discussion.

Mais il faut, croyons-nous, dès à présent, remarquer que le *motif légitime* englobe l'intention de nuire, et que le juge ne recherche cette intention que pour relever l'absence de motif légitime. Ajoutons que, dans la recherche du motif légitime, le juge ne devra pas tenir

1. Note S., 1905. 3. 17.

2. M. Saleilles, *Obli.*, p. 370. 1.

compte de la conscience individuelle mais de la conscience collective. Nous nous expliquons : une personne peut soutenir, et avec raison, qu'à son point de vue, tel acte accompli est dicté par un motif d'une importance capitale ; mais si ce motif, apprécié au point de vue de la conscience collective, de la conception du droit et de l'équité à un moment donné, n'apparaît pas comme légitime, l'acte accompli sous son inspiration sera un acte abusif. Il sera difficile de trouver une application de cette idée dans l'exercice du droit de propriété, mais dans d'autres matières et surtout dans celle de la rupture du louage de service à durée indéterminée, nous trouverons des applications de l'idée que nous avons émise.

On comprend alors l'enthousiasme de M. Josserand d'avoir formulé le critérium du motif légitime. « Le motif légitime ! c'est bien là le critérium exact, définitif, la pierre angulaire de toute la théorie de l'abus des droits et que l'on retrouve à tout propos dans une foule d'arrêts, sous la plume des auteurs et jusque dans les textes législatifs (1). »

C. — Il nous reste à étudier l'attitude de la doctrine vis-à-vis de la jurisprudence relative aux rapports de voisinage. Presque tous les auteurs admettent les solu-

1. Josserand, *loc. cit.*, p. 57.

tions de la jurisprudence, mais l'accord est loin d'exister sur le fondement de la responsabilité du propriétaire qui, par l'exercice de son droit, excède la limite des inconvénients tolérables entre voisins.

M. Capitant (1) croit que le Code civil n'a pas rompu avec la tradition, et qu'à côté des obligations négatives de voisinage établies par les articles 674-681, il est une autre obligation plus étendue et que le propriétaire doit respecter dans tous les actes d'usage qu'il accomplit. Pothier l'énonçait ainsi : « Le voisinage oblige les voisins à user chacun de son héritage, de manière qu'il ne nuise pas à son voisin. Cette règle doit s'entendre en ce sens que, quelque liberté qu'un chacun ait de faire ce que bon lui semble sur son héritage, il n'y peut faire rien d'où il puisse parvenir quelque chose sur l'héritage voisin qui lui soit nuisible (2). » M. Capitant nous montre cette règle dans le droit romain (3), et dans l'ancien droit français (4).

Le savant professeur à la Faculté de Paris croit qu'elle découle « naturellement, nécessairement » des articles 651 et 1370 du Code civil, qui disent que la loi assujettit les propriétaires à différentes obligations les uns envers

1. Article précité dans *la Revue critique*.

2. *Du voisinage*, § 235. — V. aussi, *Introduction générale aux coutumes*, n° 101. *Traité du droit de domaine de propriété*, n° 13. Cité par M. Capitant, *loc. cit.*, p. 163 texte et note 2.

3. P. 164, note 2.

4. P. 164, note 3.

les autres, et que les articles 671 à 681 ne sont que des applications de ce principe.

A l'aide de la tradition et des textes, M. Capitant établit cette obligation légale de ne pas faire, et pour la solution des conflits entre propriétaires voisins il applique l'article 1143 du Code civil.

Il écarte donc l'application de l'article 1382, qui solutionne les conflits entre deux personnes juridiquement étrangères l'une à l'autre, et qui rendrait la responsabilité du propriétaire « moins complète, moins sérieuse et ne constituerait pas une garantie suffisante » (1). Pour quelle raison ? Parce que vis-à-vis des tiers, vis-à-vis de ceux avec qui il n'est pas lié par aucun rapport juridique, l'homme conserve toute son indépendance, à moins qu'il ne commette pas une faute, c'est-à-dire un acte illicite, contraire à la loi, et générateur de dommages. Et cette responsabilité découlant de la faute serait insuffisante à régir les rapports entre les propriétaires. Celui qui, exerçant son droit de propriété, causera un dommage à autrui, ne sera pas responsable d'après l'article 1382, car : *Neminem lædit qui suo jure utitur* (2). Seulement, quand il aura commis une faute d'intention (application de la règle *Malitiis non est indulgendum*) ou une faute de négligence, dans l'exercice de son droit,

1. P. 166.

2. P. 168.

il pourra être rendu responsable conformément à l'article 1382.

Toutefois, il y a des cas, où l'on sent la nécessité de protéger les voisins même en l'absence de la faute prévue par l'article 1382. C'est le cas d'une compagnie concessionnaire des mines, qui exploite régulièrement, conformément aux règles de l'art et avec toutes les précautions possibles, la mine, et qui cause des dommages à la surface ; c'est le cas d'un commerçant qui installe dans son magasin des matières explosibles et qui prend toutes les mesures pour éviter un accident, mais qui, par le seul fait de l'installation des matières explosibles, cause un dommage au voisin qui va être obligé de payer une prime plus forte à la Compagnie qui assure son immeuble contre l'incendie (1).

La jurisprudence a senti la nécessité dont nous parlions. Aussi a-t-elle cherché à donner satisfaction à la justice et à l'équité, mais le tort de cette jurisprudence est, d'après M. Capitant, de s'avoir appuyé uniquement sur l'article 1382. Examinant en détail cette jurisprudence, il arrive à prouver qu'elle élargit autant qu'elle peut la base de la responsabilité découlant de l'article 1382, et que, dans la plupart des cas, elle oublie la nécessité de la faute pour décider que le propriétaire est responsable du dommage qu'il cause au voisin,

1. V. Capitant, *loc. cit.*, p. 171 et 172.

même quand il n'a commis aucun acte d'intention, de négligence ou d'imprudence même quand le dommage est la conséquence inévitable de l'industrie. « Au fond, dit M. Capitant, cela revient à décider que le propriétaire est responsable du risque qui résulte pour les voisins de l'industrie ou du métier qu'il exerce (1) ». Et cette interprétation de l'article 1382 est insoutenable.

Mais cette jurisprudence qui arrive à oublier la faute dans l'application de l'article 1382 n'est pas unanime. M. Capitant en signale les hésitations et les incertitudes. Il cite un arrêt de la Cour de Paris du 13 août 1872 (2), qui a décidé que le seul fait d'un fabricant de produits chimiques de transporter et de transvaser du picrate de potasse dans son magasin, ne constitue pas une faute de nature à le rendre responsable des dégâts causés aux immeubles voisins par l'explosion de cette substance. Il cite encore un arrêt de la Chambre civile du 11 novembre 1896 (3) qui, cassant un arrêt de la Cour de Nancy, a décidé que l'installation et l'exploitation d'une scierie mécanique sur un terrain qui lui appartient, avec toutes les précautions pour en prévenir les inconvénients, n'ont été de la part du demandeur en Cassation que l'exercice légitime de son droit de propriété; la proximité d'un tel établissement ne saurait à elle seule,

1. P. 180.

2. D. P. 73. 2. 220. Capitant, p. 182.

3. S. 97. 1. 273, note Blondel. Cf., une espèce identique, solution identique, Paris, 29 déc. 1883 (*Journal des assur.*, t. II, p. 280).

en absence de toute faute constatée, ouvrir, au profit des propriétaires voisins, un droit à indemnité à raison des risques d'incendie que comporte une pareille exploitation. Cette jurisprudence est en contradiction évidente avec celle relative aux maisons de tolérance.

Enfin, M. Capitant cite deux décisions plus anciennes qui, en absence de faute, absolvent le propriétaire. La première est de la Cour de Lyon du 9 janvier 1845 (1); elle déclare non responsable le propriétaire de la surface qui, avec toutes les précautions, a établi un canal au-dessus de la mine, malgré le préjudice que les infiltrations d'eau causent à la mine, décision qui est inconciliable avec la jurisprudence qui déclare le concessionnaire de la mine responsable de tous les dommages, même sans faute; la seconde décision émane de la Cour de Gand (3 mars 1854) (2); elle déclare non responsable le propriétaire insouciant qui néglige de défendre sa propriété contre l'action des eaux, qui l'emportent peu à peu, entraînant l'écroulement des maisons voisines.

Ces incertitudes et ces contradictions de la jurisprudence, montrent, pour M. Capitant, qu'elle est gênée par l'étroitesse du principe directeur qu'elle a cru trouver dans l'article 1382 (3). Certains arrêts ont quitté ce principe pour s'arrêter à l'idée que le voisinage crée

1. D. 47. 2. 26.

2. Pass. belge, 54. 2. 238.

3. P. 187.

des rapports particuliers entre propriétaires. Ainsi la Cour de Bruxelles, 29 mai 1889 (1), dit : « *Que le dommage résultant du voisinage d'une usine ne peut être assimilé au dommage causé à un tiers, voisin ou non, abstraction faite de toute relation de voisinage.* Celui qui exploite un établissement dangereux qui a été autorisé, doit réparer le dommage qu'il cause alors que, sans commettre une faute réelle, sans poser aucun acte illicite, il excède, d'une façon permanente, les obligations du voisinage » (2).

Enfin, la jurisprudence relative aux rapports entre la propriété du tréfonds et celle de la surface a été obligée, sous l'empire des nécessités pratiques, à abandonner l'article 1382 et à chercher le fondement de la responsabilité du propriétaire de la mine, dans l'esprit et les dispositions de la loi du 21 avril 1810.

Ayant ainsi démontré l'insuffisance de l'article 1382, M. Capitant écarte ce texte et il fonde la responsabilité du voisin sur l'obligation générale de voisinage, dont nous avons parlé tout à l'heure. Puisqu'il existe, entre les propriétaires, une obligation légale réciproque, ils n'ont plus l'un vis-à-vis de l'autre leur indépendance complète. Le juge ne se demandera plus s'il y a faute, mais s'il y a dommage qui excède les inconvénients qu'entraîne le voisinage. Il sera en présence d'un débi-

1. Pas. belge., 1889. 2. 370.

2. Cf. Caen, 26 juill. 1876. S. 77.2.253. Capitant, *loc. cit.*, p. 181.

teur tenu d'une obligation de ne pas faire, vis-à-vis de son voisin, et il appliquera les articles 1145 et 1147 du Code civil. Ce n'est pas l'absence de faute qui l'exonérera de sa responsabilité, mais la preuve que le préjudice subi ne résulte point de son fait, mais d'une force étrangère qui ne peut lui être imputée, comme le feu du ciel, l'inondation, le tremblement de terre, le fait d'un tiers (1).

Par l'application de ces principes, M. Capitant croit que toutes les décisions de la jurisprudence se justifient, et écarte les contradictions de la jurisprudence signalées plus haut. Dans l'espèce de l'arrêt du 13 août 1872 de la Cour de Paris, en appliquant sa formule, M. Capitant rend responsable de l'incendie causé par l'explosion qui a eu lieu au moment du transvasement des produits chimiques, le fabricant qui a pris toutes les précautions usitées; dans l'espèce de l'arrêt de Gand du 3 mars 1854, il rend responsable de son inaction le propriétaire insouciant; dans le cas où les animaux nuisibles causent des dégâts qui dépassent la mesure des inconvénients ordinaires du voisinage, il rend responsable le propriétaire, quand même il prendrait toutes les précautions contre la multiplication excessive de ses animaux.

M. Capitant limite lui-même les applications de la

1. Capitant, *loc. cit.*, p. 236

formule qu'il vient d'établir. Le propriétaire ne sera pas responsable si par des constructions il enlève l'agrément de vues du fonds voisin, parce que les limites de la propriété ne doivent paralyser le droit lui-même ; il ne sera pas responsable si par des fouilles il coupe les veines qui alimentaient une source voisine, parce que l'article 552 lui en donne le droit ; il ne sera pas responsable, enfin, des inconvénients tolérables entre voisins, dans la limite minima au-dessous de laquelle l'obligation de ne causer aucun dommage au voisin ne s'applique pas (1).

La théorie de M. Capitant a l'avantage d'éviter l'embarras de la jurisprudence et l'extension de l'article 1382. Il n'y a pas à se demander si le fait reproché constitue une faute. Mais nous croyons qu'elle force les articles 651 et 1370 qui ne parlent pas de l'obligation générale de voisinage. Il semble, au contraire, résulter de la lecture de ces textes, que le législateur n'a entendu viser que les obligations spéciales établies par la loi au titre des servitudes (2). Cette obligation générale ne se trouve donc dans les textes. En outre, elle ne fournit aucun critérium pour distinguer les cas où la responsabilité est engagée, de ceux où elle n'est pas engagée (3).

1. P. 241.

2. V. Porcherot, p. 174.

3. V. Charmont, *les Transformations du droit civil*, p. 208.

Beaucoup d'auteurs prétendent trouver le fondement de la responsabilité du propriétaire envers son voisin dans ce fait que l'acte dommageable est un acte accompli sans droit. « Les droits, dit M. Planiol (1), ne sont presque jamais absolus ; la plupart sont *limités dans leur étendue* et soumis pour leur exercice à des *conditions* diverses. Quand on sort de ces limites, ou qu'on n'observe pas ces conditions, on agit en réalité sans droit. Il peut donc y avoir des *abus* dans la conduite des hommes, mais ce n'est pas quand ils exercent leur droit, c'est quand ils le dépassent ; l'homme abuse des choses, il n'abuse pas des droits. Au fond, tout le monde est d'accord ; seulement là où les uns disent : « Il y a un usage abusif d'un droit » ; les autres disent : « Il y a un acte accompli sans droit. »

M. Saleilles dit aussi : « Je suis pleinement d'accord avec M. Planiol lorsqu'il dit qu'en réalité la plupart du temps, lorsqu'on parle d'abus du droit, on s'exprime d'une façon incorrecte. On fait allusion à un défaut de droit, et non à un droit dont on userait mal : un droit dont on abuse, n'est pas autre chose qu'une faculté qui n'est pas comprise dans le droit qu'on prétend avoir. Le prétendu abus du droit n'est presque toujours qu'une limitation du contenu du droit » (2). L'erreur est provenue d'après M. Saleilles, de ce qu'on a considéré certains

1. II, n° 871.

2. *Obligations*, p. 300 n. 1. Cf. Rapport, p. 12.

droits spécialement le droit de propriété, comme absolu, dont on pouvait abuser, mais qu'on ne pouvait pas limiter. Mais il n'y a pas de droits absolus, et la propriété est un droit moins absolu que tous les autres : son contenu juridique varie avec les usages, les mœurs.

M. Charmont professe la même opinion : « Il est certain qu'on applique souvent à tort cette expression d'abus de droit. On désigne sous le nom d'abus de droit de propriété toute une série d'hypothèses bien connues en pratique et dans lesquelles il nous paraît que le juge tend beaucoup moins à réprimer l'abus qu'à déterminer la limite, le domaine des différents droits. Tous ces droits coexistent, se compriment les uns les autres ; il faut faire la part de chacun. Aussi, c'est plutôt un empiètement, une atteinte à la propriété d'autrui qu'on constate lorsqu'on prononce une condamnation contre le propriétaire d'une usine dont le bruit trouble les voisins, ou de laquelle se dégage de la fumée, des émanations délétères, des gaz nuisibles » (1).

Nous croyons que cette doctrine ne doit pas être acceptée. Il y a certainement, des cas d'excès de droit, ou d'actes accomplis sans droit, mais il faut les distinguer des cas d'abus de droit. M. Saleilles, tout en acceptant le point de départ, affirme qu'il faut distinguer

1. *Rev. trim.*, 1902, p. 115, 116. — Cf. aussi, thèses de M. Porcherot et Coroiu.

les cas d'abus de droit qui ne se confondent pas toujours avec l'absence de droit. Car là où il y a défaut de droit, la sanction principale accordée aux intéressés c'est de pouvoir s'opposer à l'acte illicite et non seulement d'en demander réparation : sanction en nature et non par équivalent (1). Au contraire, en cas d'abus de droit, la sanction ne peut être en nature : qu'on suppose, avec M. Saleilles, les riverains d'une voie ferrée qui se plaignent de la fumée excessive des locomotives ; leur donnera-t-on le droit de demander la suppression de l'exploitation ? Non, parce qu'il n'y a pas de défaut de droit, mais abus de droit.

Comment reconnaître alors l'abus de droit du défaut de droit ? « Quant au critérium, dit M. Saleilles, à établir entre les deux hypothèses, peut-être pourrait-on le trouver dans cette idée que, si le procédé employé, bien qu'abusif, ne peut se séparer du fait auquel il s'applique, et qui constitue, lui, un usage légitime du droit, tel que le fait pour une compagnie de chemins de fer de faire marcher ses trains, on ne peut reconnaître aux tiers le droit de s'opposer au fait principal en prohibant le fait accessoire, de telle sorte que la sanction de ce dernier ne pourra consister que dans les indemnités qui en résulteront. »

Appliquant ce critérium de M. Saleilles, on reconnaîtra vite que, dans la presque unanimité des cas exa-

1. *Loc.*, *cit.*

minés par la jurisprudence, il s'agit bien d'un abus de droit, et non d'un défaut de droit. Qu'il s'agisse des bruits, des fumées excessives, des gaz nuisibles et délétaires produits par une usine — comme le supposait M. Charmont — appliquant le critérium de M. Saleilles nous dirons que ces inconvénients ne peuvent pas se séparer du fait duquel ils proviennent. Or, ce fait est un usage légitime du droit, l'exploitation de l'usine. Dès lors c'est un abus de droit, non un défaut de droit. Qu'il s'agisse des inconvénients causés par un théâtre, une salle de fêtes, une école publique, une forge, une boulangerie, on dira de même que c'est un abus de droit ; qu'il s'agisse même d'une maison de tolérance, à moins de ne pas dire que l'exploitation d'une telle maison est par elle-même un acte contraire au droit, un excès de droit, on devra reconnaître que les inconvénients qui en résultent ne peuvent pas se séparer du fait de l'exploitation, et qu'on se trouve en présence d'un abus de droit, et non d'un défaut de droit.

Mais, M. Saleilles qui, dans son *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, soutient la théorie objective de l'abus du droit caractérisé par l'exercice anormal de ce droit, dans son rapport présenté à la commission de revision du Code civil, ne reconnaît plus l'abus du droit que dans l'acte qui constitue une faculté comprise dans la sphère d'application du droit, mais qui par le caractère antisocial du but qui l'accompagne, devient

un fait contraire au droit, auquel il n'est pas juste que la loi vint prêter son concours (1). Quant aux autres actes qu'on a fait rentrer dans la notion de l'abus du droit, il les explique par l'application de la théorie du risque (2).

Le problème de la responsabilité n'a pas été encore serré dans une construction inextensible. Il a une élasticité qui lui permet de se plier aux exigences des faits. En raisonnant d'une manière abstraite on est nécessairement conduit à chercher la faute dans toute question de responsabilité. Mais il y a des faits générateurs de dommages qui ne cessent pas d'être des actes licites, c'est-à-dire « accomplis en pleine conformité avec le droit dont ils sont l'expression ». Une usine, une grande industrie ne peuvent fonctionner qu'en employant des engins dangereux ; elles ne peuvent fonctionner en vue du but social qu'elles doivent remplir qu'en faisant des victimes et en causant des dommages : aux ouvriers, aux tiers qui vivent dans le voisinage, aux propriétés voisines. Si on applique l'article 1382, on trouvera quelquefois, une faute du patron, sinon dans les causes immédiates, du moins dans la série des causes secondes (3), on trouvera un manque de précaution, voir même d'une précaution exceptionnelle, extraordi-

1. Rapport, p. 13 et p. 17-18.

2. *Idem*, p. 14.

3. Note Saleilles, D. 97. 2. 433.

naire (1). Mais que penser quand on arrive à ce qui est irréductible, à ce qu'on ne peut pas prévoir ou prévenir ? Il n'y aura alors ni faute, ni délit ou quasi-délit, mais « un fait parfaitement licite, accompli en vertu d'un droit ; mais en fait qui, tout en étant licite, est accompli aux risques et périls de celui qui en court l'aventure » (2). Il est licite, continue M. Saleilles, car, s'il ne l'était pas, la justice pourrait exiger la disparition de la cause qui le produit, et la cause c'est l'usine. Mais on ne peut pas supprimer un droit à raison des dangers inhérents à son exercice sans « porter une atteinte mortelle à l'activité individuelle, dans ce qu'elle a de plus fécond et tarir l'une des sources de la vie nationale ». On se contentera donc de mettre à la charge de l'industrie les risques qui en sont la contre-partie nécessaire. L'exempter de ces risques, serait faire bon marché des intérêts et des droits individuels, et mettre d'un seul côté tous les profits sans les charges qu'ils comportent. Il y aurait violation de la justice sociale (3).

Une transformation de la notion de faute est ainsi réalisée. La notion traditionnelle suppose une faute

1. Trib. civ. de Grenoble, 6 février 1894. D. 95. 52. 304.

2. Rapport, p. 15. Cf. — Léon Michel, *la Resp. civile des patrons* (*Rev. critique*, 1901, p. 592). — Saleilles, *les Accidents du travail et la resp. civile*, 1897. — Jossierand, *De la resp. du fait des choses inanimées*. Paris, Rousseau, 1897. — Ripert, *De l'exercice du droit de propriété*, p. 321 et suiv. — Teisseire, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*.

3. Rap., p. 15.

ayant été la cause immédiate et directe de l'accident survenu. C'est la notion de la faute subjective, le fait volontaire étant la cause génératrice du dommage. Dans la théorie du risque, la faute est envisagée « moins dans sa relation subjective avec l'accident survenu, moins dans les rapports de la volonté imprudente, inattentive avec le dommage réalisé, que dans sa matérialité elle-même et dans ses éléments objectifs » (1).

Cette théorie présentée par MM. Saleilles et Josserand, après l'échec de la théorie de MM. Sainctelette et Sauzet, pour aider la jurisprudence à mettre plus de justice dans les rapports des ouvriers avec les patrons, a été consacrée en matière d'accidents industriels par la loi du 9 avril 1898 ; elle est appliquée par le Conseil d'État quand il s'agit des dommages causés dans l'exécution des services publics ou par les compagnies concessionnaires de l'État (2) ; enfin elle est présentée comme une doctrine destinée à envahir tout le terrain de la faute traditionnelle. M. Saleilles cite (3) la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux dommages causés par le fait de compagnies de chemin de fer, où elle ne s'occupe de l'idée de la faute que pour

1. Saleilles, note D. 97. 1. 433.

2. Cons. d'État, 21 juin 1885. S. 87. 3. 33, note Hauriou. — Cons. d'État, 13 janv. 1899. S. 900. 3. 1, note Hauriou. — Cf. la note de M. Hauriou. S. 905. 3. 17, et la thèse de M. Ripert, p. 348 et suiv.

3. Rapport, p. 16.

la forme. « Y voit-elle, dit M. Saleilles, un abus de droit ? Absolument pas. Il n'y a pas intention de nuire. Il s'agit donc, dans un cas comme dans l'autre, d'un fait licite ; mais de la part de grandes compagnies, pour qui pareils travaux et pareils dommages sont presque choses forcées, il y a un fait de risques, accompli aux risques et périls de la compagnie. » Ainsi M. Saleilles explique la différence que fait la jurisprudence qui ne condamne à la réparation un particulier qui par des travaux a détourné les eaux qui jaillissaient sur le terrain voisin, mais qui condamne dans le même cas une compagnie de chemin de fer (1).

Nous arrivons ainsi à la formule générale destinée à englober les cas considérés par les uns comme abus du droit de propriété, par les autres comme un dépassement du droit de propriété, et que les partisans de la théorie du risque considèrent comme des applications de cette théorie. Voilà la formule : « L'exercice du droit qui reste un fait licite, et par ses conditions matérielles et par ses conditions intentionnelles, rentrant dans le contenu parfaitement normal et dans la sphère d'activité du droit, implique acceptation des

1. Une application de la même théorie est faite à la responsabilité des propriétaires d'automobiles (v. thèse de M. Buttin, p. 192 et 1). Celui qui a le profit d'un mode de transport perfectionné, doit assumer les risques qui peuvent se produire (Saleilles, *Rapp.*, p. 16). Consulter MM. A. Wahl, *Rev. trim.*, 1908, p. 34 et Colin., *Rev. pol. et parlem.*, janvier 1908, p. 15. — M. Dupuich, même revue, fév. 1908, p. 322.

risques et engage, par suite, à la réparation des dommages, mais réparation qui ne peut jamais aller jusqu'à la suppression de la cause d'où le risque provient, puisque cela reviendrait à supprimer le droit lui-même (1). »

M. Planiol combat cette théorie (2). Les partisans de la théorie du risque soutiennent avec vigueur qu'il y aurait violation de la « justice sociale » à exempter l'exercice du droit des risques qui en sont la répercussion fatale. M. Planiol, avec autant d'énergie et de conviction, dit qu'il y aurait une « injustice sociale » à établir une responsabilité sans faute ; si M. Saleilles affirme qu'un principe d'équité supérieure impose la réparation par le seul fait du dommage, M. Planiol affirme qu'en supprimant l'appréciation des fautes dans les rapports humains, on détruira toute justice.

Nous pensons que M. Planiol a raison de ne pas accepter cette théorie.

D'abord, comme le remarque M. Planiol, les partisans de cette doctrine ne réussissent pas à se défaire de la notion de la faute, à la jeter par-dessus bord, comme le dit M. Saleilles. On nous parle d'une responsabilité résultant de la « matérialité du fait », de son « caractère

1. Saleilles, Rapport, p. 17.

2. Planiol, II, n° 863, *Étude sur la responsabilité civile* (*Revue critique*, 1905, p. 277) — Cf. aussi Esmein, note S. 97. 1. 17, sous Cass. 16 juin 1896.

objectif de fait irrégulier en soi », d'un fait qui, dans sa matérialité, est « fautif » (1), d'une « irrégularité purement matérielle » (2). Mais comment le fait en lui-même peut avoir ce caractère sans avoir en vue le rôle personnel de l'agent ? M. Planiol dit que l'idée de faute reparait, et que la matérialité du fait ne suffit pas à l'établir.

La formule de la théorie est dangereuse, parce qu'en l'appliquant on aboutirait à la plus criante des injustices. En effet, on rendrait quelqu'un responsable sans faute. Ce serait la plus stupide immobilité dit M. Planiol, parce que toute activité crée un risque pour ceux qui sont vaincus. Et le danger de la théorie est agrandi par la généralité de la formule, par la prétention de satisfaire à tout problème de responsabilité.

Prenons, pour illustrer ce que nous avons dit, un exemple, celui même que prend M. Planiol (3). Un héritier, seul propriétaire véritable des biens laissés par le défunt, et auquel un faussaire a soustrait l'hérédité par un faux testament, nous est présenté comme ayant créé un risque pour les tiers de bonne foi, et par conséquent responsable (4). C'est à juste titre que M. Planiol

1. Saleilles, *les Accidents*, p. 7-8-11.

2. Saleilles, note Dalloz, précitée.

3. II, n° 863, n° 2.

4. V. M. Morin, *la Sécurité des tiers dans les transactions immobilières et la maxime Error communis facit jus* (*Annales des facultés de droit et de lettres d'Aix*, avril-juin 1909, p. 15 et suiv.). — Cf. Algiu, *Error communis facit jus*. Thèse de Paris, 1912.

s'étonne qu'on peut considérer comme créateur du risque celui qui a été victime et faire peser la responsabilité sur celui qui a été dépouillé de ses biens.

Cette théorie, qui a la prétention d'être la panacée qui remédiera toute lacune théorique et toute difficulté pratique, nous la repoussons.

Nous ne voyons d'autre explication possible de la jurisprudence relative aux inconvénients intolérables résultant des rapports de voisinage que dans la théorie de l'abus du droit.

Mais en quoi consiste l'abus du droit ?

Pour M. Willems (1), il consiste dans la lésion du droit d'autrui. L'exercice d'un droit n'est pas indéfini, il cesse là où commence le droit d'autrui. Du moment qu'on lèse le droit d'autrui, on n'exerce plus à proprement parler son droit, on en abuse, et, en conséquence il n'y a plus lieu d'appliquer l'adage *Neminem lædit qui sus jure utitur*, puisqu'il n'y a plus exercice, mais abus du droit. « On ne peut, dit M. Willems (2), jamais user de son droit de manière à léser le droit d'autrui. Pourquoi ? Parce que pareil usage n'est plus l'exercice d'un droit mais un abus que la loi ne peut tolérer » (3).

1. *Essai sur la responsabilité (Revue générale du droit, 1895, p. 210 et 53).*

2. *Loc. cit.*, p. 211.

3. Cf. Laurent, t. XI, n° 408 et suiv., t. VI, n° 137, 138. Laurent dit que celui qui, en usant de son droit, lèse le droit d'autrui commet un quasi-délit. — Aubry et Rau, 4^e éd., t. II, § 194, p. 195 et 199. —

De même Demolombe, en examinant ces dommages excessifs qui dépassent la mesure des obligations communes de voisinage en lésant le droit d'autrui, pense qu'ils constituent un abus du droit (1) : « Est-ce qu'il serait juste et équitable que *cet abus, que mon voisin fait de son droit*, pût paralyser dans mes mains l'exercice de mon droit de propriété? »

Mais que fait-on du principe de l'article 544 qui définit la propriété comme un droit absolu? Demolombe (2) dit que le droit de propriété n'est défini dans l'article 544 du Code civil que vis-à-vis de l'État, et que c'est seulement dans ses rapports avec l'ordre public que chaque propriétaire peut faire de sa chose ce que bon lui semble, dès qu'il se conforme aux lois et aux règlements (3). Il ajoute que « si tous les propriétaires pouvaient, à l'encontre les uns les autres, invoquer ainsi leur droit absolu, il est clair, que ni les uns ni les autres ne l'auraient en réalité, et qu'ils pourraient s'empêcher réciproquement d'exercer la plénitude de leur droit par des actes qui, de chaque côté, deviendraient des atteintes à la propriété voisine ».

La difficulté consiste à établir où commence la lésion du droit, constitutive d'abus.

Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, t. VI, n° 217. Ces auteurs ne parlent pas d'abus du droit, mais considèrent la lésion du droit d'autrui comme un quasi-délit.

1. T. XII, *Des servitudes*, 2, n° 658, p. 153.

2. *Loc. cit.*, n° 653.

3. Cf. Dufour, *Droit administratif*, t. II, n° 621.

MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau (1) font la distinction entre la simple privation de jouissance causée au voisin, qui n'engage pas la responsabilité, et la lésion du droit. La formule est flottante. Nos auteurs reconnaissent eux-mêmes « qu'il faudra de toute nécessité recourir à une analyse, minutieuse en ses détails, des facultés, des attributs, des avantages qui composent le droit de propriété, pour savoir si l'un d'entre eux se trouve atteint et diagnostiquer ainsi la lésion du droit ».

M. Blondel(2) critique la différence que MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau font entre la lésion du droit et la simple privation de jouissance, qui dans certains cas peut devenir une lésion du droit. Il pense qu'à la lésion il faut opposer la simple privation d'un avantage. Il n'y a pas alors une véritable atteinte au droit de propriété ; il y a simplement privation d'une sorte de plus-value purement occasionnelle, dont le propriétaire jouissait indirectement, et qui ne forme pas l'un des éléments constitutifs du droit de propriété. Au contraire, quand il y a lésion du droit « le droit de propriété est atteint dans une des conséquences régulières et pour ainsi dire inséparables de son existence ».

D'après ce critérium, le propriétaire faisant des constructions qui ferment les vues d'une autre maison, des

1. N^o 217, *loc. cit.*

2. Note S. 1897. 1. 273, sous Cass., 11 nov. 1896.

fouilles qui coupent les veines alimentaires de la source qui jaillissait sur le terrain voisin, qui démolit un mur qui servait d'appui au bâtiment voisin, n'est pas responsable, parce que son voisin est privé d'un avantage qui n'entre pas dans la notion de la propriété et dont il jouissait occasionnellement ; de même dans l'espèce jugée par la Cour de cassation (11 nov. 1896) (1) et dans celle identique tranchée par la Cour de Paris (29 déc. 1893) (2), le propriétaire d'une usine et celui d'un théâtre n'avaient pas privé leurs voisins que d'un avantage — celui de payer une prime moins élevée à la Compagnie d'assurances — et ne sont pas responsables si les voisins sont obligés de payer une surprime à cause de leur voisinage dangereux.

Il y a au contraire lésion du droit dans la fumée excessive, gaz délétères, odeurs infectes, poussières nuisibles, trépidations, bruits, établissement d'une maison de tolérance, d'un bal public, d'un théâtre. M. Blondel approuve donc la jurisprudence que nous avons rapportée plus haut.

M. Capitant (3) trouve cette distinction entre la lésion du droit et la simple privation d'un avantage « artificielle, inconsistante et sans aucune base sérieuse ». « Eh quoi ! dit M. Capitant, lorsqu'en creusant sur mon

1. S. 97. 1. 273.

2. *Journ. des assurances*, t. II, p. 280.

3. *Loc. cit.*, p. 232.

fonds je taris la source du voisin, je ne fais que le priver d'un avantage purement occasionnel tandis que le propriétaire qui ouvre une maison de tolérance viole le droit du voisin ! Mais sur quoi est fondée cette prétendue différence ? Dans les deux cas il y a pourtant dépréciation du fonds voisin, amoindrissement de la valeur pécuniaire que représente le droit de propriété. »

Le fait de jouir d'une source constitue un droit incontestable et non un avantage purement occasionnel. Quand le voisin coupe la source il porte atteinte à mon droit de propriété et non à un avantage purement occasionnel.

C'est à bon droit que M. Capitant critique cette formule qui n'a été faite que pour tâcher de mettre la pratique d'accord avec la théorie. Nous écartons donc cette distinction et nous disons que l'abus du droit consiste dans le fait de ne pas user de sa propriété dans des conditions normales (1). C'est au juge, comme nous l'avons dit, à déterminer les conditions normales de l'exercice du droit de propriété, dans chaque cas qui se présente ; la doctrine, par des formules absolues, abstraites, ne peut pas arriver à donner un critérium définitif. « Il n'y a peut-être pas, dit Ihering (2), un seul acte, qui si dommageable et si insupportable qu'il soit

1. V. Charmont, *les Transformations du droit*, p. 208-209. — Cf. Saleilles, *Obl.*, p. 370, n. 1.

2. *Restr. de la propr.*, p. 130.

en règle générale pour le voisinage, ne puisse perdre complètement ce caractère dans des circonstances données, par exemple au sommet d'une haute montagne, dans les landes, ou dans les entrailles de la terre. »

2° DROITS DE FAMILLE

Les droits qui sont accordés à une personne sur une autre sont établis soit dans l'intérêt de cette dernière, soit dans un intérêt général. Si ces droits sont détournés de leur destination par leurs titulaires, ils constituent des abus.

La puissance maritale et l'incapacité de la femme mariée s'expliquent, dans le Code civil, par la survivance de l'antique idée de faiblesse naturelle et de besoin de protection de la femme, ainsi que par la nécessité d'assurer l'unité de direction dans le ménage, par la prédominance, en cas de désaccord de la volonté du mari tenu pour chef de la famille. Si le mari, sous prétexte d'exercer son droit, dépasse ce but, il commet un abus manifeste.

Partant de ce principe, la jurisprudence refuse au mari le droit d'interdire à sa femme les relations avec ses proches parents (1).

1. Trib. Seine, 13 janv. 1870. D. 70. 3. 40 ; S. 70. 2. 158. — Cass., 30 nov. 1898. D. 99. 1. 358.

Le devoir d'obéissance de la femme, inscrit dans l'article 213 du Code civil, entraîne sans doute pour le mari l'obligation et le droit de veiller à la bonne conduite de la femme. Mais ce contrôle peut être abusif. C'est pourquoi la jurisprudence approuvée par la majorité des auteurs (1), tout en reconnaissant en principe le pouvoir pour le mari de surveiller et d'entraver au besoin la correspondance de sa femme, assigne comme limite à ce pouvoir le moment où cette correspondance « ne représenterait qu'une expansion légitime de l'individualité de la femme » (2). La Cour de cassation a décidé en 1907 à cet égard (3), que quand l'exercice de ce contrôle dégénère « en inquisition blessante, en tracasserie incessante », il peut être considéré comme une injure grave motivant une action en divorce ou en séparation de corps. Spécialement, le mari n'a pas le droit de priver sa femme de relations épistolaires avec sa famille (4). De même encore le pouvoir du mari sur la correspondance de l'épouse s'arrête lorsque celle-ci, ayant introduit une demande en divorce, a été autorisée à avoir une résidence séparée (5).

1. Gény, *Des droits sur les lettres missives*, t. II, p. 213-214.

2. Labbé, S. 77. 1. 161. — Tissier, *la Propriété et l'inviolabilité des lettres missives*. Paris, 1885. — Nîmes, 6 janv. 1888. S. 81. 2. 54.

3. Cassation, 6 août 1907. S. 1908. 1. 165 ; D. 1907. 1. 512.

4. Arrêt précité de Nîmes.

5. Tribunal de Sainte-Menehould, 22 mars 1905. D. 1907. 2. 113.
— Bruxelles, 19 juin 1909. D. 1911. 2. 28.

Le droit pour le mari de poursuivre l'annulation des actes que la femme a passés sans autorisation est lui-même susceptible d'abus. Dans un arrêt du 5 janvier 1904, la Cour de Paris a refusé à un mari l'action en nullité parce qu'il résultait des circonstances de la cause qu'il se proposait d'en faire usage anormal et peu honorable (1).

Il est bien entendu, d'ailleurs, que tout pouvoir du mari disparaît, en vertu de la loi du 6 février 1893, lorsque la femme reprend par la séparation de corps, le plein exercice de sa capacité civile.

Plus encore que la puissance maritale, la puissance paternelle peut être abusive dans son exercice, parce qu'elle s'exerce sur un être peu capable de résistance. On sait que différentes lois ont dû entamer cette puissance dont certains parents faisaient mauvais usage (lois de 1889 et de 1898 notamment).

La jurisprudence, de son côté, a dû réprimer des abus ; c'est ainsi que le droit pour le père de surveiller les relations et la correspondance de ses enfants n'est légitime que « suivant les circonstances et la considération de l'intérêt bien entendu de l'enfant » (2).

Avant la loi du 24 juillet 1889, les tribunaux récusaient les décisions arbitraires ou haineuses par lesquelles

1. Paris, 5 janv. 1904. *La Loi*, 17 mars 1904.

2. Cass., 11 juill. 1866. S. 67. 2. 151.

le père prétendait interdire la visite des enfants chez les ascendants ou leur correspondance avec eux (1).

Après la loi de 1889, on a prétendu que celle-ci avait opéré une sorte de novation législative et substitué un mécanisme tout d'une pièce aux appréciations nuancées des tribunaux (2). Mais la Cour de cassation a maintenu le pouvoir régulateur des juges quant à la communication des enfants avec leurs ascendants (Cass., 28 juill. 1891. D. 92. 1. 170. — Cass., 12 fév. 1894. D. 94. 1. 218).

Les tribunaux ont même dans des cas graves, enlevé au père et à la mère la garde de l'enfant, parfois jusqu'à la faculté de le voir (3).

Ils se sont reconnus le droit de contrôler les motifs pour lesquels le père, usant du droit que lui confère l'article 375, fait emprisonner son enfant par voie d'autorité. Cette jurisprudence se fonde sur les termes mêmes du texte qui ne confère au père la faculté dont il s'agit que s'il a des motifs très graves de mécontentement. Quelle que soit la légalité de cette jurisprudence, il est certain qu'elle a supprimé des abus odieux (4).

1. Cass., 2 juill. 1857. D. 57. 1. 273. — Cass., 12 juill. 1870. S. 71. 1. 28. — Nancy, 28 mai 1868. D. 68. 2. 176. — Cass., 26 juill. 1870. S. 71. 1. 217.

2. De Loynes, note D. 1890. 2. 25-29; 1891. 2. 75-76; 1893. 2. 401; 1894. 2. 393-394.

3. Cass., 3 mars 1856. D. 56. 2. 90; Cass., 15 mars 1864. D. 64. 1. 301; Cass., 17 avril 1865. S. 65. 1. 257; Cass., 27 janvier 1879. D. 79. 1. 273.

4. *Revue pénitentiaire*, 1894, p. 173. — Gallois, thèse de Paris 1899, p. 85-87.

Quel est le critérium de l'abus du droit dans les cas examinés ? Le pouvoir que la loi a conféré au mari et au père, loin d'être absolu, a un but déterminé : la puissance maritale a comme but la protection de la femme, et l'unité de direction dans le ménage, la puissance paternelle celui de l'éducation et de protection de l'enfant. L'une et l'autre puissances, ont un fondement altruiste. Détourner le droit de ce but social que la loi lui a assigné, ce n'est plus l'exercer, c'est en abuser. Nous sommes loin du droit romain, où le *pater familias* avait un pouvoir illimité, à fondement égoïste sur sa femme et ses enfants. Nous sommes loin encore de la conception du Premier Consul qui, d'après Thibaudeau, disait au Conseil d'État : « La nature a fait de nos femmes nos esclaves ! Le mari a le droit de dire à sa femme : Madame vous ne sortirez pas ! Madame vous n'irez pas à la comédie ! Madame vous n'irez pas voir telle ou telle personne ! C'est-à-dire : Madame vous m'appartenez corps et âme ».

Certains auteurs (1) pensent qu'il s'agit ici d'un dépassement du droit. Nous croyons qu'il faut maintenir la théorie de l'abus du droit caractérisé par le détournement du droit du but social que la loi lui a assigné. Nulle part le rapprochement qu'on a fait entre l'abus du droit et le détournement de pouvoir en droit administratif n'apparaît plus clairement (2). Il s'agit dans les

1. Dobrovici, thèse p. 119.

2. Saleilles, Rapport, p. 18.

deux cas d'un pouvoir à fondement altruiste, qu'on ne peut pas exercer que dans un but déterminé. Commettre, en vertu de ces pouvoirs, un acte parfaitement valable en la forme, mais guidé par une intention malicieuse ou par un but contraire à la destination des facultés légales dont on fait emploi, c'est détourner le droit de son but légitime et normal, c'est commettre un abus du droit ou un détournement de pouvoirs.

3° DROIT D'EXPRIMER SA PENSÉE

L'expression de la pensée est l'objet d'un des droits les plus sacrés. Mais ce droit est limité dans son exercice par le respect de la personnalité d'autrui.

Le caractère social, altruiste du droit dont il s'agit ici apparaît très frappant. C'est l'un de ceux qui, manifestement, ont leur but, en dehors d'eux-mêmes, dans la recherche de l'intérêt collectif.

Sans insister beaucoup sur cette matière, examinons le droit du journaliste, du critique, du romancier.

A. — La liberté de la presse, telle qu'elle est établie par la loi du 29 juillet 1882, peut comporter une orientation antisociale (1). C'est l'intention qui révèle l'abus et qui engendre la responsabilité. Si l'écrivain n'a souci

1. Jossierand, *loc. cit.*, p. 24. La législation sur la liberté de la presse n'est que l'adaptation à une matière spéciale des principes généraux des art. 1382 et suiv. (V. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, sous art. 1382, n° 21c6).

que de faire connaître la vérité, il échappe d'ordinaire à toute responsabilité, mais s'il agit méchamment, il devra compte du préjudice qu'il cause. On voit dès lors quel est le caractère du droit d'exprimer sa pensée. Suivant les fortes expressions de M. Josserand : « Il n'acquiert tout son ressort que s'il est mis au service de l'idée ; son utilisation égoïste n'est pas exempte de péril puisque, du moment où elle devient dommageable pour autrui, elle devient du même coup dangereuse pour l'écrivain ; c'est l'avantage retiré par la société et non plus l'intérêt individuel de l'agent qui sauve les actes dommageables de la responsabilité délictuelle (1). »

Telle est l'idée directrice de la loi et de la jurisprudence. Les délits d'injure et de diffamation supposent, comme élément essentiel, l'intention de nuire.

Mais, même en absence de toute infraction pénale, l'intention de nuire est suffisante pour engager la responsabilité de l'écrivain, quand les faits dont on se plaint, ne remplissant pas les conditions voulues, ne tombent pas sous l'application de la loi de 1881. La Cour de cassation, dans un arrêt du 8 mai 1876 (2), a décidé que le droit de discuter les opinions et de défendre les principes, ne peut autoriser l'attaque dirigée contre un individu et destinée à lui nuire. Spécialement le fait

1. Josserand, *loc. cit.*, p. 24-25.

2. S. 76. 1. 393 (note de M. Labbé). — D. 76. 1. 259. Cf. Josserand, *loc. cit.*, p. 25. — Lyon, 16 janv. 1896. S. 1898. 2. 60. — Lyon, 15 mars 1898. S. 99. 2. 278. — Lyon, 10 juillet 1896. S. 97. 2. 27. — Aix, 11 mars 1909. D. 1910. 2. 328.

pour un journal de publier la désignation d'un magasin ouvert le dimanche et l'exhortation faite au public de n'y rien acheter, sans constituer une injure ou une diffamation, constitue une faute de nature à engager sa responsabilité. De même, le journal qui, dans un compte rendu des débats judiciaires, s'attache à ridiculiser l'un des avocats plaidant et à le présenter comme grotesque et incapable, nuit à la considération et aux intérêts professionnels de cet avocat et se rend, dès lors, passible de dommages-intérêts vis-à-vis de celui-ci, encore bien qu'il ne soit pas établi que tel client l'a quitté, ou que tel autre qui serait venu chez lui s'en est abstenu, précisément à raison des articles publiés par le journal et où la personnalité de l'avocat avait été visée (1).

B. — Le même point de vue sert à mesurer les droits de critique littéraire, artistique et dramatique (2). Le droit du critique est susceptible d'abus ; le critique est responsable si, au lieu de se borner à apprécier l'œuvre, il attaque la personnalité de l'auteur, nuit à son honneur, à sa considération ou à ses intérêts matériels (3). Le critique qui a publié dans un journal un article signalant une représentation comme mauvaise, est responsable s'il a agi ainsi, guidé, non par le désir de ren-

1. Trib. de Reims, 3 nov. 1892. D. 93. 2. 486.

2. Cf. Pierre Charrier, *les Droits du critique littéraire et dramatique*.

3. Trib. civ. Lyon, 9 décembre 1904 (*Monit. judic.* du 24 déc. 1904) : « chacun est libre de juger et de censurer les pièces qui sont représentées, pourvu que les critiques qui se produisent soient exemptes de mauvaise foi et désintéressées ».

seigner ses lecteurs, mais par le but de se venger d'un prétendu manque d'égard, dont il a été l'objet et si l'article était inspiré uniquement par le désir de nuire au directeur du théâtre (1).

C. — Il en est de même du droit du romancier de faire des emprunts à la vie privée des particuliers. Ce droit est incontestable (2). Le roman vit de la vie réelle. Mais l'exercice de ce droit devient abusif si les particuliers sont mêlés au récit de telle sorte qu'ils peuvent être reconnus par le public, s'ils sont ridiculisés et atteints dans leur considération. L'auteur qui, pour la création d'un type déterminé, a besoin de prendre des observations, doit donc veiller à ce que le personnage réel ne soit pas reconnaissable sous le personnage fictif. L'écrivain qui met en scène dans son roman des personnes vivantes ou ayant vécu et qui les représente dans des attitudes méprisables ou grotesques, peut commettre le délit d'injure ou celui de diffamation.

Mais sa responsabilité peut être engagée en dehors de toute imputation diffamatoire ou de toute expression injurieuse.

Ces considérations ont été mises en lumière par deux décisions judiciaires rapportées dans Sirey avec une note de M. Meynial (3).

1. C. de just. civ. de Genève, 7 mars 1887. S.88. 4. 8.

2. Paris, 12 nov. 1897. S. 98. 2, 199. cf. Barbier, *Code expliqué de la presse*, t. I, n° 433.

3. S.97. 4. 9.

L'une a été rendue par le tribunal fédéral suisse le 2 février 1895. Il s'agissait d'une nouvelle d'Edouard Rod intitulée : *La maison des crimes*. Le tribunal s'exprime ainsi :

« Un romancier peut emprunter le sujet d'une nouvelle à une cause criminelle, spécialement à la cause d'un condamné pour assassinat de sa femme, si la nouvelle ne prétend pas donner un exposé du cas du condamné, et se présente comme une pure œuvre d'art dont les personnages portent des noms fictifs et dont l'idée maitresse a été de mettre en relief le contraste entre la paix de la nature et les passions criminelles de l'âme humaine. Le condamné pour assassinat, de sa seconde femme ne saurait donc se plaindre d'avoir été faussement représenté dans le roman comme ayant assassiné également sa première femme, décédée par suite de maladie.

» Cependant la liberté du romancier d'emprunter ses sujets à la vie réelle est limitée par les droits inhérents à la personnalité : ce romancier ne peut pas raconter des actes méprisables ou ridicules, même prétendus imaginaires et non vrais, de façon telle qu'il attaque et puisse compromettre l'honneur et la situation sociale de personnes déterminées. »

L'autre décision est celle du tribunal de la Seine du 28 janvier 1896 (1). Il en résulte qu'un romancier peut

1. 5. 97. 4. 9.

puiser l'idée de son œuvre dans le compte rendu d'un drame qui s'est déroulé devant la justice criminelle à une époque récente, si la lecture du roman démontre que l'auteur a voulu surtout, faire un œuvre d'art, en décrivant les états d'âme d'une jeune fille, dans une situation donnée, et si l'auteur n'a pas voulu mettre en scène une famille dont le compte rendu judiciaire lui a révélé l'existence, sans donner aucun détail sur cette famille.

L'application des mêmes principes a été faite par le tribunal de la Seine le 15 novembre 1882 (1). Emile Zola publiait dans *Le Gaulois* son roman *Pot-Bouille*, dont l'un des personnages, nommé Duverdy, et qualifié conseiller à la Cour d'appel de Paris, jouait un rôle peu louable. M. Duverdy, avocat à la Cour de Paris, prétendit que la mise en action de ce personnage était de nature à rendre sa réputation honteuse et ridicule. Le tribunal ordonna que le nom dont il s'agit disparaîtrait du roman en partant de ce principe que le nom patronymique constitue une propriété et que Zola avait porté atteinte à ce droit.

En résumé, le droit d'un auteur de prendre dans des faits historiques ou dans des épisodes relevés par des débats judiciaires, le sujet d'un roman ou d'une pièce de théâtre est loin d'être absolu (2). Il ne lui est pas permis

1. P. Fr. 1884. 1. 428. Comp. Trib. civ. de la Seine, 31 oct. 1902, *Revue des Greffiers*, 15 nov. 1902.

2. Bordeaux, 12 janv. 1899. S. 99. 2. 156.

d'exercer ce droit avec l'intention de nuire. « Le droit du romancier, dit le tribunal de la Seine (9 décembre 1896) (1), comme aussi celui de l'auteur dramatique n'a pour limite que l'intention malveillante émise avec l'intention de nuire ».

Et nous croyons qu'il faut aller plus loin et affirmer avec un autre jugement du tribunal de la Seine (2) qu'on doit veiller avec soin à ce qu'une publication, *même faite de bonne foi*, ne puisse porter atteinte à l'honneur d'une famille à sa réputation, à sa tranquillité.

M. Charmont (3) exige pour qu'il y ait abus de droit l'intention de nuire. Il demande cette limitation comme une précaution nécessaire contre les dangers auxquels nous expose cette théorie qu'on accueille favorablement parce qu'elle nous fournit le moyen de prévenir les injustices. Nous pensons qu'il faut approuver la jurisprudence qui voit dans l'atteinte au droit d'autrui une faute engageant la responsabilité.

D. — Le droit de réponse, reconnu par la loi du 29 juillet 1881, nous apparaît aussi comme un droit absolu. Cependant la jurisprudence a décidé que le refus d'insérer une réponse est légitime, lorsque la réponse contient un passage d'où l'intention de nuire à

1. Sous Paris, 8 mars 1897. S. 98. 2. 267.

2. 28 janvier 1896, précité.

3. *Revue critique*, 1898, p. 142.

autrui est prouvé à l'évidence, ou qui est destiné à porter atteinte à l'intérêt légitime d'un tiers (1).

Un autre droit susceptible d'abus est celui de donner des renseignements sur un tiers. Celui qui, avec prudence et discrétion donne des renseignements, même défavorables sur un tiers, exerce un droit qui appartient à tout le monde et qui rentre dans les conditions nécessaires des rapports sociaux (2). Mais ce droit est susceptible d'abus et pour constater cet abus la jurisprudence semble distinguer suivant la qualité de la personne poursuivie et suivant l'esprit qui l'a fait agir (3).

Ainsi, on a décidé que le fait d'un maire qui a donné sur une personne des renseignements défavorables ne saurait engager sa responsabilité, alors même que ces renseignements seraient erronés, s'il a agi de bonne foi, sans aucun esprit d'animosité ou de malveillance et s'il s'est borné à relater la notoriété et l'opinion publique (4).

1. Cass., 8 janv. 1892, S. 92. 1. 168. — Cass., 3 août 1894, S. 94. 1. 431. — Cass., 21 mai 1898, D. 1900. 1. 32. — Cass., 29 juin 1900, S. 1900. 1. 480. — Cass., 3 juin 1892, D. 93. 1. 461. — Cass., 10 août 1891, D. 92. 1. 80. — Cass., 17 juin 1898, S. 98. 1. 547.

2. Huc, t. VIII, n° 409. — Cf. Laurent, t. 20, n° 478 et s. Chavergin, note S. 87. 1. 441. — Salanson, thèse p. 62.

3. V. Fuzier-Hermann, sous art. 1382, n° 2176.

4. Orléans, 5 août 1892, S. 92. 2. 312. — Cf. Trib. Libourne, 19 fév. 1892, S. 92. 2. 262. — Bordeaux, 13 fév. 1867, S. 67. 2. 184. — Nancy, 3 juillet 1878, S. 78. 2. 249 (note de M. May).

Au contraire la solution donnée par la jurisprudence n'est pas la même pour ceux qui font profession de fournir des renseignements sur l'honorabilité des personnes qui leur sont indiquées. Pour que leur responsabilité soit engagée, il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu mauvaise foi ou intention de nuire. Il suffit que les renseignements aient été donnés à la légère (1).

4° DROIT DE CITER EN JUSTICE ET D'EMPLOYER
LES VOIES LÉGALES

Ce droit pourrait, au premier abord, paraître absolu. Ihering remarquait que le plaideur, non seulement défend en justice sa propre personnalité, mais acquitte un devoir social en « apportant son obole à la réalisation de l'idée du droit sur la terre » (2). Carlyle disait que l'homme ne peut pas vouloir l'injustice et qu'il combat toujours pour l'image du droit, alors même qu'elle est trompeuse. C'est pour ces raisons que le droit anglais a conservé au droit d'agir en justice un caractère d'absolutisme presque complet.

Mais ce droit est, comme les autres, susceptible de prendre une direction antisociale. Et la jurisprudence

1. V. la note précitée de M. Chavegrin. — Huc, *loc. cit.*, t. VIII, n° 410. Paris, 6 mai 1886, *La Loi*, 30 janv. 1887. -- Trib. comm. Seine. 12 nov. 1885. *La Loi*, 25 nov.

2. *La Lutte pour le droit*. Trad. Meulanaere.

n'a jamais ouvert toute grande et sans aucune garantie la porte du prétoire (1). En effet, rien ne peut être plus vexatoire qu'une action en justice qui ruine le crédit ou la réputation d'un homme, et qui, même repoussée par le tribunal, laisse quelques traces dans sa vie. Si l'action en justice sert, entre les mains d'un honnête homme, à défendre ses droits, entre les mains d'un homme peu scrupuleux elle sert à colorer de la légalité les manifestations de la mauvaise foi et des dissensions.

Nous examinerons plusieurs hypothèses.

A. — *Citation en justice*. — La jurisprudence paraît être bien fixée sur ce point, que le fait d'introduire une demande dans un but vexatoire constitue un abus du droit de citation en justice entraînant la condamnation à des dommages-intérêts, en outre des dépens (2).

Ainsi considère-t-elle comme abusif un procès coûteux intenté uniquement pour satisfaire des rancunes de famille (3) ; une inscription en faux contre un testament notarié, dirigée de mauvaise foi, et susceptible de causer au notaire un préjudice moral considérable (4) ; le fait de saisir entre plusieurs tribunaux compétents celui qui

1. Josserand, *loc. cit.*, p. 22.

2. Cass., 27 juillet 1903. D. 1903. I. 488. — Cass., 16 janv. 1899. D. 99. I. 135. — Cass., 30 janv. 1893. D. 93. I. 244, etc. — Conf. D. 1912. I. 150.

3. Cass., 22 déc. 1893. D. 95. I. 529.

4. Bordeaux, 27 nov. 1873. D. 74. 2. 432.

se trouve le plus éloigné du domicile de son adversaire, pour rendre sa défense plus onéreuse (1) ; le fait d'un actionnaire qui introduit et accumule contre une société des actions « avec opiniâtreté injustifiée », qui a fait des poursuites « abusives et systématiques », qui les a accompagnées d'une publicité faite dans un but nuisible, et non dans l'exercice seul du droit (2).

Tous les cas examinés sont caractérisés par la mauvaise foi, par l'intention de nuire du plaideur, et la jurisprudence décide qu'il y a abus à poursuivre son droit, non pas dans un intérêt légitime, mais dans le but exclusif de nuire à autrui. La doctrine approuve généralement ces solutions (3). Mais, en dehors de l'intention malicieuse, qui fournit le critérium le plus strict de l'abus du droit, et qui paraît être celui de la chambre civile de la Cour de cassation (4), une seconde opinion admet le principe d'une responsabilité fondée

1. Toulouse, 12 juill. 1823. Josserand, p. 23.

2. Cass., 29 juin 1899. S. 99. 1. 409, et la note. — Cf. Amiens, 4 janv. 1893. D. 93. 2. 375. — Trib. comm. Lyon, 2 déc. 1898. D. 99. 2. 108. — Paris, 11 janv. 1906. D. 1907. 2. 391. — Cass. civ., 24 avril 1907. D. 1907. 1. 293. — Cass. crim., 8 fév. 1908. D. 1909. 1. 488. — Cass. civ., 6 janv. 1909. D. 1909. 1. 99. — Cass. req., 10 fév. 1909. D. 1909. 1. 376.

3. Saleilles, Rap., p. 21. — Josserand, *loc. cit.*, p. 22. — Sarrut, note D. 1896. 1. 241. — V. les thèses de MM. Porcherot, Salanson, Dobrovici, Reynaud, etc. — Sourdat, n° 664.

4. Cass. civ., 7 déc. 1885. D. 86. 1. 207. — 25 mai 1887. S. 87. 1. 385. — 2 avril 1890. D. 90. 1. 444 ; S. 90. 1. 216. — 20 avril 1891. D. 91. 355. — 12 fév. 1895. S. 97. 1. 258. — 3 fév. 1904. D. 1905. 1. 315. — 7 juil. 1904. S. 1905. 1. 442. — 6 janv. 1909. D. 1909. 1. 99 ; S. 909. 1. 144.

sur l'imprudence de celui qui intente une action (1). On présente cette opinion comme étant celle de la Chambre des requêtes (2), par opposition de celle de la Chambre civile (3).

Dalloz (4) soutient qu'il n'y a pas contradiction entre les deux Chambres de la Cour suprême, parce que les arrêts de la Chambre civile n'ont pas la portée qu'on leur prête. « Ces arrêts cassent des décisions qui n'avaient même pas constaté une simple faute, et rien ne prouve qu'ils les eussent cassés pour défaut de constatation de la mauvaise foi, s'il y avait eu au moins constatation de la faute. » Nous croyons que la contradiction existe, parce que les arrêts de la Chambre civile sont très explicites et demandent la constatation de la mauvaise foi : « Attendu que la peine du plaideur téméraire consiste dans la simple condamnation aux dépens et que le rejet de la demande ne peut avoir pour conséquence une condamnation à des dommages-intérêts, à moins qu'il n'y ait faute ou malice constatée à la charge du demandeur » (5). Il faut remarquer que la Chambre civile

1. Bosc, thèse, p. 111. — Saleilles, Rap., p. 21. — Josserand, p. 24.
— Laurent, X, nos 412 et 413. — Capitant, p. 156, son art. précité.

2. Req., 14 août 1882. D. 83. 1. 255. — 27 mai 1885. S. 85. 1. 209. — 10 nov. 1886. D. 87 1. 309. — 1^{er} juill. 1889. D. 90. 1. 205. — 14 déc. 1903. S. 1905. 1. 223. — 29 nov. 1905. D. 9106. 1. 207. — 15 avril 1908. S. 1909. 1. 206.

3. V. Bosc, Saleilles, *loc. cit* — Sourdat, n° 664.

4. Supp. V^e Responsabilité, n° 83.

5. Cass. civ., 16 mars 1892. S. 92. 1. 224.

assimile à la mauvaise foi un acte d'erreur grossière, équivalente au dol (1).

De ces opinions, celle de la Chambre des requêtes est à notre avis plus exacte. On ne doit pas soutenir sciemment ou imprudemment un procès injuste. Seulement, en dehors des cas d'intention malicieuse ou d'erreur grossière, les tribunaux doivent apprécier avec beaucoup de circonspection l'imprudence du demandeur. *Lites habent sua sidera*; une question peut être douteuse, l'échec peut être dû à l'apparition des documents inconnus. C'est pour ces considérations que nous repoussons la jurisprudence des tribunaux de commerce (2) qui tend à imposer réparation pour frais frustrés par le seul fait qu'il y a poursuite injustifiée, et la poursuite se trouve injustifiée pour celui qui succombe. C'est admettre en quelque sorte la théorie du risque.

Enfin, l'abus du droit peut consister non seulement dans le fait d'intenter une action vexatoire, mais dans la façon dont le demandeur conduit le procès. Ainsi, il pourra dans le cours du procès déférer le serment décisoire à son adversaire. S'il n'agit ainsi que par esprit de vexation ou dans le but d'exploiter les scrupules d'une conscience timorée, la délation du serment ne serait plus l'usage, mais l'abus d'une faculté légale disent MM. Aubry et Rau (3), et dès lors l'on doit

1. V. Fuzier Hermann, sous-article 1682, n° 130.

2. Y. Saleilles, Rapp., p. 21 et note 3.

3. T. VIII, p. 192, note 33, 4^e édit.

appliquer à cette hypothèse la maxime *malitiis non est inuulgendum*. Le juge pourra se dispenser d'admettre le serment litis décisoire à charge de motiver ce refus dans son jugement (1).

Les diverses solutions que nous avons rapportées plus haut se justifient aisément. « Plaider pour amour de la chicane, dit M. Chavegrin (2), quand on sait que l'on devrait demeurer au repos, plaider même de bonne foi quand on est inexcusable de ne pas connaître les raisons qui mettent obstacle au procès, ce n'est plus se protéger légitimement contre autrui, mais faire sciemment ou non de l'action judiciaire un moyen de tracasserie » (3).

B. — *Défense en justice*. — Celui qui se défend en justice exerce un droit incontestable. Mais les lenteurs de la procédure sont assez grandes pour que les parties en abusent encore. Il y a en France une dette flottante de la justice, un arriéré lamentable (4). Et la lenteur

1. Bastia, 1^{er} avril 1864. S. 64. 2. 189. — Limoges, 10 mai 1845. S. 46. 2. 73.

2. Note sous cass. 11 juin 1890. S. 92. 1. 449.

3. Cf. art. 370 du Code de procédure italien qui dispose que la partie qui échoue dans ses prétentions peut être condamnée en dehors de dépens à des dommages-intérêts en cas de procès téméraire: *Tratandosi di lite temeraria*. Une faute lourde suffit pour engager la responsabilité. Cass. Torino, 9 sept. 1882. S. 83. 1. 30.

4. V. le Centenaire du Code de procédure et les projets de réforme, par M. Tissier (*Rev. trim.*, 1906, p. 625). M. Tissier dit qu'au Congrès des juristes allemands de 1902 on est allé jusqu'à dire qu'il y a en France une véritable « *Justiz bankrott* » parce qu'on juge moins d'affaires qu'il n'en arrive.

dans la distribution de la justice a des multiples inconvénients. Bellot (1) les résume ainsi : « Temps perdu, dépense augmentée, agonie prolongée du plaideur, haine des parties entretenue, droits évanouis, ruine consommée par l'attente, transactions arrachées à la détresse, projets de fraude réalisés, jugements devenus sans objet, exécution paralysée d'avance, telles sont les suites funestes d'une justice habituellement tardive ; elles équivalent, peut s'en faut, au mal même de l'injustice. »

On comprend alors le soin de la jurisprudence qui punit celui qui résiste à une demande qu'il sait justifiée, par mauvaise foi, par esprit de vexation et de malveillance (2), ou celui qui, en résistant, commet une faute lourde (3).

La jurisprudence considère ces agissements comme constituant un abus de droit, générateur de responsabilités (4).

Mais que décider de la simple résistance à une demande bien fondée, résistance qui n'est pas caractérisée par

1. *Loi sur la procédure civile de Genève*, cité par M. Tissier, article de la *Revue trimestrielle*.

2. Cass., 26 janv. 1881. S. 81. 1. 312. — Cass., 24 oct. 1888. S. 89. 1. 107. — 20 nov. 1888. D. 89. 1. 413. — 28 mai 1889. S. 92. 1. 397. — Cass., 30 oct. 1889. D. 90. 1. 184. — 9 juin 1891. S. 92. 1. 315. — 20 avril 1891. S. 91. 1. 471. — 4 févr. 1894. S. 94. 1. 245. — Cass., 6 avr. 1909. D. 1911. 1. 105 (la constatation d'un concert entre plusieurs défendeurs dans un but de résistance vexatoire autorise une condamnation solidaire).

3. Cass., 8 juin 1891. S. 92. 1. 241. D. 91. 1. 462. — Civ. cass., 2 fév. 1910. D. 1911. 1. 368 (motifs).

4. Cass., 14 janv. 1905. D. 1905. 1. 270.

des incidents cherchés et voulus qui démontrent l'intention malveillante de celui qui résiste, ou qui n'est pas le résultat d'une faute lourde ? La jurisprudence décide que la résistance judiciaire opposée à une demande, alors qu'on ne révèle à la charge de celui qui résiste, ni malice, ni mauvaise foi, ni même une erreur équipollente un dol, ne constitue pas une cause légale de dommages-intérêts (1). Par suite, doit être cassé le jugement qui condamne une partie à des dommages-intérêts par ce seul motif, que, par sa résistance, elle a obligé l'autre partie à exposer des frais non répérables (2).

M. Demogue (3) pense que la jurisprudence a encore à consacrer ce point pour établir complètement la théorie de l'abus du droit. Pour lui, celui qui résiste à une demande bien fondée, obligeant ainsi le titulaire du droit à s'adresser à la justice, commet un abus de droit. Je ne crois pas cette solution acceptable. Ce serait établir, en matière de défense en justice, le principe de la jurisprudence des tribunaux de commerce relative à une citation en justice, et nous avons dit plus haut les raisons qui nous font repousser cette jurisprudence.

Nous concluons qu'en se défendant en justice, le

1. Cass., 25 mai 1887. S. 87. 1. 385. — Cass., 24 oct. 1888. S. 89. 1. 107.

2. Cass., 20 avril 1981. S. 91. 1. 471.

3. *Rev. trim.*, 1905, p. 886.

défendeur use d'un droit, dont il peut abuser quand il l'exerce avec une intention malicieuse, ou de telle manière qu'il commet une erreur grossière ; et l'abus du droit est générateur de responsabilité.

C. — *Appel et autres voies de recours.* — L'appel, comme l'exercice d'une action en justice, est susceptible d'abus (1). Si le seul fait de faire appel, ne peut suffire, en cas de confirmation du jugement frappé d'appel, à justifier de la part de l'intimé une demande des dommages-intérêts, l'appel qui ne s'explique que par l'intention d'arrêter le cours de la justice est de nature à motiver l'allocation des dommages-intérêts (2). Celui qui ayant interjeté appel, fait défaut dans l'instance engagée par lui, s'expose à des dommages-intérêts (3).

D'ailleurs, tout ce que nous avons dit sur le droit de citer en justice s'applique ici, et la même opposition entre la Chambre civile et la Chambre des requêtes a été signalée (4).

En ce qui concerne la tierce opposition, la Chambre civile n'applique plus sa doctrine (5) ; elle accorde des

1. Cass., 22 avril 1891. S. 95. 1. 31. — 12 mars 1894, S. 94. 1. 461.
— 22 avril 1898. D. 98. 1. 391. — 16 janvier 1899. S. 1. 901. 1. 231.

2. Cass., 14 avril 1893. D. 93. 1. 413. — 22 janvier 1900.
D. 90. 1. 159. — Angers, 26 avril 1899. D. 90. 2. 272.

3. Cass., 3 août 1891. D. 92. 1. 566.

4. V. Porcherot, p. 50. — Cass. req., 27 mai 1884. S. 85. 1. 209.

5. Cass. civ., 19 juin 1893. D. 94. 1. 215.

dommages-intérêts dès qu'elle a reconnu la tierce opposition mal fondée. M. Porcherot pense que la Cour s'est laissée entraîner par l'article 479 du Code de procédure, d'après lequel la partie dont la tierce opposition sera rejetée sera condamnée à une amende sans préjudice des dommages-intérêts de la partie, s'il y a lieu.

D. — *Voies d'exécution.* — Celui qui exécute un jugement, exerce un droit. Mais ce droit peut dégénérer en abus et la jurisprudence est très large pour déterminer les faits constitutifs d'abus (1). On peut poser en principe que l'abus du droit de recourir aux voies d'exécution ne résulte pas seulement de la mauvaise foi, mais aussi de la simple imprudence ou négligence.

Ainsi, on a décidé que l'exécution, nonobstant appel, d'un jugement exécutoire par provision, engage, en cas d'infirmité en appel, la responsabilité de celui qui a exécuté indépendamment de toute mauvaise foi ou intention de nuire (2). Pourquoi ? Parce qu'il s'est rendu coupable au moins d'une imprudence. La possibilité d'une infirmité du jugement devait l'engager à suspendre des poursuites qui seront peut-être plus tard reconnues mal fondées (3).

1. V. Porcherot, p. 41.

2. Cass., 12 fév. 1895 (motifs). S. 97. I. 258. — Cf. Garçonnet, *Tr. théor. et prat. de procéd.*, 4^e éd., t. V, p. 210 § 954. — Sourdat, 6^e éd., t. I, n^o 665. — Laurent, t. XXVI, n^o 414.

3. Cf. Req., 26 avril 1864. D. 64. I. 303. — Req., 28 juin 1875. S. 76. I. 221. — Cass., 12 fév. 1895, cité plus haut.

La solution est plus difficile lorsque celui qui exécute est porteur d'un jugement en dernier ressort, ou d'un arrêt souverain. Si l'arrêt vient à être cassé, le défendeur en cassation pourra être rendu responsable du préjudice qu'a occasionné l'exécution (1) ? « Le recours en cassation, dit M. Sourdat, est une voie extraordinaire pour attaquer les jugements, une voie toujours longue et difficile. Il y aurait grand inconvénient dans beaucoup de cas, même pour la partie qui a succombé, à ce que son adversaire laissât sommeiller les droits qui résultent pour lui de l'arrêt souverain qu'il a obtenu » (2).

Toutefois, M. Sourdat croit que la signification de l'arrêt d'admission fait suffisamment connaître, à celui qui veut exécuter, les vices de l'arrêt qu'il a obtenu, et le rend, s'il continue l'exécution, passible des dommages qu'il causera par cette exécution (3).

Une saisie-arrêt peut motiver de la part du saisi une action en dommages-intérêts. « La saisie-arrêt, dit un arrêt de Toulouse du 27 janvier 1898 (4), est une mesure d'exécution à laquelle le saisissant ne peut recourir qu'à ses risques et périls et en s'exposant à des dommages-intérêts de la part du saisi. » Et il n'est pas nécessaire que le saisissant ait agi méchamment et de mauvaise

1. V. Sourdat, p. 606, n° 666.

2. *Loc. cit.* dans ce sens Besançon, 22 juill. 1891. S. 94. 2. 114. —
Contra : Dijon, 18 janv. 1882. S. 83. 2. 242.

3. V. aussi Cass., 27 nov. 1867. S. 68. 1. 119.

4. S. 99. 2. 124.

foi ; il suffit qu'il ait pratiqué la saisie-arrêt « en dehors des règles commandées par la plus vulgaire prudence » (1). Même décision pour la saisie-contrefaçon ou la saisie par description employée par les titulaires des droits intellectuels en vue de constater les usurpations dont leurs droits sont l'objet (2) ; pour la saisie-exécution (3) ; pour la saisie-gagerie (4).

Une hypothèse intéressante a été jugée par le tribunal de Rethel, le 8 juin 1904 (5). On sait que, d'après l'article 2206 du Code civil, les immeubles d'un interdit ne peuvent pas être mis en vente avant la discussion du mobilier, mais cette disposition ne s'applique pas dans l'hypothèse où le débiteur n'était pas encore interdit au moment de la saisie. Cependant, il a été reconnu par le jugement que nous rapportons, que le créancier abuse de son droit s'il ne limite pas la procédure de la saisie immobilière aux immeubles dont la vente eût été suffisante au paiement de la créance, mais fait saisir et vendre toute le patrimoine immobilier de son débiteur, alors que celui-ci, étant donné l'altération de ses facultés mentales, ne pouvait comprendre les conséquences de la procédure suivie contre lui.

1. Même arrêt. Exemples de saisie-arrêts vexatoires : Cass., 26 déc. 1893. D. 95. 1. 529. — Cass., 22 oct. 1895. S. 99. 1. 443. — Cass., 22 janv. 1901. S. 02. 1. 394. — Cass., 23 mai 1908. S. 901. 1. 135.

2. Cass., 24 mai 1855. S. 55. 1. 392.

3. Dijon, 19 mars 1879. S. 79. 2. 179.

4. Cass., 22 juin 1885. S. 86. 1. 124.

5. D. 1904. 2. 199.

Enfin les tribunaux considèrent comme abusif le refus de créancier de consentir à un ordre amiable, quand ce refus n'a aucun motif plausible (1). Il peut être condamné à supporter les frais de l'ordre judiciaire qu'il a rendu nécessaire (2).

Les auteurs rattachent à ces hypothèses rapportées plus haut un jugement du tribunal de Toulouse (3) qui considère comme abusif le procédé d'un créancier avec hypothèque judiciaire qui prend une hypothèque sur tous les immeubles de son débiteur, dont la valeur est hors de proportions avec sa créance. « Attendu, dit le tribunal, que le législateur paraît avoir voulu faire dans l'article 2161 une application de l'abus du droit notion qui se rattache à l'idée du but... »

1. Trib. Chaumont, 17 déc. 1859. S. 68. 2. 353.

2. Grenoble, 10 avril 1869. S. 69. 2. 232. — Trib. Loubans, 1^{er} déc. 1871. D. 73. 3. 36.

3. 13 avril 1905. D. 1906. 2. 105 (note Josserand).

SECTION II

DROITS CONTRACTUELS

En matière contractuelle, l'idée d'abus du droit reçoit application pour ainsi dire dans trois phases de la vie du contrat :

1° Dans la phase précontractuelle, à propos de la conclusion ou du refus de conclusion du contrat ;

2° Dans la phase de l'exécution du contrat ;

3° Au moment de la résiliation

Nous étudierons ensuite les applications de notre théorie à l'exercice d'une hypothèque générale en conflit avec des hypothèques particuliers.

En outre, il est un droit que nous rangeons parmi les contractuels, parce que son exercice tend à modifier les conditions d'un contrat : c'est le droit de grève.

Nous allons voir jouer l'idée d'abus du droit en ces diverses matières.

1°. — REFUS ABUSIF DE CONTRACTER

La liberté de s'engager ou non dans les liens d'un contrat apparaît comme absolue. Cependant, il y a des

cas où le refus de contracter cause à autrui un dommage moral, et même quelquefois matériel. Si quelqu'un s'offre à contracter avec moi et que je lui oppose un refus à cause de sa religion ou de sa nationalité ; si un patron refuse d'embaucher un ouvrier parce qu'il est affilié à un syndicat, n'y a-t-il pas là un exercice abusif de ma liberté de refuser ? (1).

C'est surtout en matière de refus d'embauchage que la jurisprudence a consacré la théorie de l'abus du droit.

Lorsqu'il s'agit d'autres rapports, les tribunaux maintiennent une assez large liberté (2). Mais ils se reconnaissent le droit de contrôler les motifs du refus lorsque celui qui refuse de contracter jouit en droit ou en fait du monopole de l'entreprise (3). En ce cas, elle prononce des condamnations à des dommages-intérêts quand

1. Morel, *Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles* (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1908, p. 289 et suiv.). Cf. aussi Ihring : *Actio injuriarum*, p. 106 et suiv. pour les hypothèses où le désir de contracter est exprimé d'une manière publique (par exemple, annonces de représentations théâtrales). Le célèbre jurisconsulte estime que cette annonce n'engage pas son auteur à conclure le contrat avec tel individu déterminé ; ainsi le directeur de théâtre, le commerçant, l'artisan, l'hôtelier, peuvent se refuser, d'après lui, à contracter avec telle personne.

2. Pour les exploitations des établissements ouverts au public (restaurant, cafés, hôtels), voir Cassation, 18 juillet 1862. D. 63. 1. 485. — Tribunal Seine, 23 mars 1892. S. 92. 2. 189. — Tribunal Nice, 7 avril 1892. D. 94. 2. 132. Pour les entreprises de spectacle : Tribunal Pont-Lévéque, 15 juin 1878. D. 80. 3. 22. — Tribunal Saint-Gaudens, 14 août 1881. — Dalloz, *Supplément*. V^o *Industrie*, n^o 145, note 1.

3. Pour les boulangers : Cass., 20 avril 61. D. 61. 1. 503. — Cass., 11 janvier 1889. S. 89. 1. 91. — Pour les voituriers : Cass., 3 janvier 1882. D. 83. 1. 103. — Pour les entrepreneurs de spectacles : Cass. 19 fév. 1896. D. 96. 1. 449. — Cf. Wahl, *Louage*, II, n^{os} 2487-2490.

le refus est dicté par la malveillance ou opposé sans motif légitime.

C'est en vertu de ces idées que les tribunaux ont décidé que si les patrons ont le droit de choisir librement leurs ouvriers, ils peuvent exercer ce droit d'une manière abusive : l'abus existe lorsque la cause du refus est que les ouvriers sont syndiqués (1).

L'illégitimité, l'absence d'intérêt, l'intention malveillante sont ici les caractéristiques de l'abus. On se place soit au point de vue de l'intention de nuire, soit à celui du défaut d'intérêt véritable.

La responsabilité peut naître, en cette matière, dans trois hypothèses.

En premier lieu, une personne qui a reçu une offre n'est que relativement libre de la refuser. Il y a lieu d'envisager le but de son refus (2).

Il en est de même du cas où la personne qui refuse ensuite de contracter a fait des avances en vue d'entrer en pourparlers. Lorsque le commerçant et le patron, qui sont en état d'offre permanente vis-à-vis du public ou des ouvriers, refusent de vendre à l'acheteur qui se présente ou d'embaucher le travailleur qui arrive, en invoquant des motifs personnels et sans qu'il y ait un

1. Justice de paix de Bordeaux, 18 août 1903 et tribunal de Bordeaux, 14 déc. 1903. S. 1905. 2. 17. — Req., 13 mars 1905. D. 1906. 1. 113. — Trib. Com. Epernay, 28 fév. 1906 et trib. civ. Lille, 12 novembre 1906. D. 1908. 2. 73, avec les notes de MM. Féron, Planiol et Josserand.

2. Voir Morel, *loc. cit.* — Ripert, *l'Exercice des droits et la responsabilité civile* (*Revue critique*, 1906.)

intérêt véritable à refuser, ils trompent la confiance qu'ils ont fait naître chez ceux auxquels ils se sont adressés. M. Morel estime que le refus d'embaucher est illégitime lorsque le patron n'est inspiré que par le désir de nuire au syndicat, qu'il est au contraire légitime lorsque le chef d'entreprise a des raisons de craindre que l'entrée de l'ouvrier dans l'usine ne soit une cause de désordre.

Enfin la responsabilité apparaît surtout quand le refus est opposé alors que les négociations en vue du contrat sont déjà commencées (1). « Il y a, dit fort justement M. Saleilles, comme une sorte de responsabilité mutuelle impliquée dans toute négociation entreprise d'un commun accord. Ainsi le veut la commercialité en quelque sorte incluse dans toute prise de contact entre parties qui entrent en rapport d'affaires l'une avec l'autre. » Il est donc sage d'appliquer l'idée d'abus du droit et de ne permettre de rompre les négociations que pour un but légitime. M. Saleilles va même plus loin et il estime qu'il y aurait lieu à responsabilité alors même que les parties auraient un intérêt légitime à interrompre les négociations. Le savant et regretté professeur justifiait son opinion par une idée de garantie réciproque que se sont donnée les parties au moment où elles ont entamé les pourparlers « Lorsqu'elles ont

1. Morel, *loc. cit.* — Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle* (*Revue trimestrielle*, 1907. p. 697.)

acquiescé aux négociations, dit-il, chacune a dû envisager la situation de l'autre ».

Un dernier point est à régler. Quelle sera, en cette matière du refus abusif de contracter, la réparation ? Il faudra tenir compte, pour l'évaluer, non seulement du préjudice matériel, c'est à-dire des dépenses occasionnées par les pourparlers, mais aussi du préjudice moral causé à la personne qui a vu son offre refusée. L'existence de ce préjudice moral ne peut être mise en doute. Ainsi que l'a très bien dit M. Labbé (1), « un droit a été violé en ma personne ; un retranchement sur ma liberté est, sous ce rapport, analogue à un retranchement sur mon domaine. J'en éprouve une contrariété pour le passé, une inquiétude pour l'avenir, un froissement sous l'injustice qui est un mal ».

2^o EXÉCUTION DU CONTRAT

Nous avons vu qu'un certain nombre de dispositions légales se réfèrent à l'idée d'abus du droit (art. 1134, 1244, 1246).

En usant du droit d'accorder des délais de grâce, les tribunaux rappellent le créancier à l'exercice humain de son droit.

Ils ont ainsi rappelé le débiteur au respect du caractère social et de bonne foi des contrats. Citons à ce

1. Sirey 79. 2. 193.

sujet l'intéressant arrêt de la Cour de cassation du 7 mai 1902 (1). Les tarifs de chemins de fer fixent les conditions dans lesquelles la compagnie doit fournir, au propriétaire d'un embranchement particulier reliant le réseau à son usine, les wagons destinés au transport de ses produits, et notamment les conditions relatives au délai. Est-ce à dire que la compagnie échappe à toute responsabilité lorsqu'elle a mis les wagons à la disposition de l'industriel dans les délais strictement prévus ? Nullement. Elle encourt une condamnation à des dommages-intérêts s'il est établi, dit la Cour suprême : « Que, dûment avertie, elle *a abusé* des latitudes qui lui sont accordées pour la fourniture des wagons, et causé ainsi un préjudice au propriétaire de l'embranchement ».

Il est donc admis qu'un débiteur peut engager sa responsabilité bien qu'il demeure dans les limites objectives où le contrat a enfermé son obligation. C'est une application saisissante de l'abus du droit.

3° RÉSILIATION DES CONTRATS

L'idée d'abus du droit a également triomphé en matière de résiliation.

Aux termes de l'article 2004, nous l'avons vu, le

1. *Gazette du Palais*, 16 juin 1902. — Cf. Jossierand, *loc. cit.*, p. 35.

mandant est libre de révoquer sa procuration quand bon lui semble. Mais la jurisprudence a limité ce droit et condamné ses abus. Elle a décidé que le mandant engage sa responsabilité quand il use de la faculté de révocation d'une façon intempestive ou injustifiable (1).

En matière de société, l'article 1870 dispose que, s'agissant d'une société à durée illimitée, la résiliation unilatérale est possible, mais à condition que l'associé qui renonce au pacte social soit de bonne foi. Mais le texte n'entend expressément par mauvaise foi que le fait par l'associé de vouloir s'approprier à lui seul le profit social. Les tribunaux ont élargi cette notion de la mauvaise foi. Ils se sont reconnus le pouvoir de rechercher dans toutes les circonstances de la cause les éléments constitutifs de cette mauvaise foi et ils l'ont trouvée, avec raison, dans cette particularité que la renonciation est inspirée par le désir de se soustraire au paiement des cotisations dues à la société (2).

C'est surtout en matière de rupture d'une promesse de mariage et de contrat de louage de services à durée indéterminée que les abus se sont produits, et que notre théorie a été mise en œuvre. Examinons ces hypothèses.

A. — *Droit de rompre une promesse de mariage.* — La

1. Douai, 20 avril 1891. D. 1892. 2. 51. — Lyon, 6 avril 1893. D. 1895. 2. 431.

2. Nancy, 19 mars 1892. D. 93. 2. 21.

promesse de mariage n'est, sous l'empire du Code civil, douée d'aucune force obligatoire : la liberté du consentement dans le mariage est un principe auquel les parties ne peuvent pas déroger. Après la promulgation du Code civil, des auteurs, en souvenir du droit canonique, ont soutenu la thèse de la validité des fiançailles (1) et la jurisprudence les a un moment suivies (2). Mais la jurisprudence actuelle (3), d'accord avec la doctrine (4), affirment la nullité de toute promesse de mariage et de toute clause pénale par laquelle les parties tenteraient de donner force obligatoire à leur promesse.

Mais si la promesse est nulle, est-ce que les parties peuvent, sans aucune responsabilité, se retirer ? Déjà Demolombe écrivait (5) : « Celui qui abandonne sans motif légitime un projet de mariage, peut certainement causer à l'autre un dommage très réel ; il doit être tenu de le réparer : c'est là une des applications les plus naturelles et les plus légitimes de notre article 1382. »

La jurisprudence donne des solutions conformes à ce point de vue (6).

1. Merlin, *Rép. Fiançailles*. — Toullier, VI, 193-202.

2. Dalloz, *J. G. Mariage*, p. 179.

3. Cass., 12 nov. 1901 D. 1902. 1.46. 1902. 1. 237.

4. Planiol, I, n° 788. — Josserand, *op. cit.*, p. 40.

5. *Traité de mariage*, t. I, n° 29.

6. Cass., 16 janvier 1877. D. 77. 1.88. — Dijon, 27 mai 1892. D. 93. 2. 183. — Trib. civ. Nantes, 11 fév. 1895. *Gaz. Pal.*, 1895. 1. 29. — Paris, 2 juin 1894. D. 95. 2. 86. — Cass., 7 mars 1904. *Pand. fr.* 1905. 1. 155.

M. Josserand trouve (1) contradictoire cette jurisprudence qui affirme d'une part le défaut de force obligatoire des fiançailles, et reconnaît d'autre part que la rupture de cette promesse peut être génératrice de responsabilité. Pour le savant professeur de Lyon, on peut sauver du reproche de contradiction la construction jurisprudentielle de la responsabilité en reconnaissant que les fiançailles sont bien un contrat véritable, mais qui comporte la faculté de résiliation unilatérale, faculté qui ne constitue pas un droit absolu, mais qui comme dans le mandat, le louage de services est susceptible d'abus, qui ressortira de l'absence des motifs légitimes.

Cette théorie de M. Josserand trouve un point d'appui dans une jurisprudence postérieure de la Cour de cassation qui assujettit la preuve des fiançailles à la nécessité d'un écrit pour une valeur supérieure à 150 fr. (2). La Cour suprême voit dans cette promesse une situation complexe, participant à la fois des faits matériels et des actes juridiques. Mais, cette jurisprudence, qui peut d'ailleurs se justifier autrement qu'en reconnaissant une valeur juridique à la promesse de mariage (3), n'est pas admissible: la promesse de

1. *Loc. cit.*, p. 41.

2. Cass., 2 déc. 1907. D. 1908. 1. 201.

3. M. Gaudemet (*Revue trimestrielle*, 1909, p. 376) soutient que la preuve écrite est nécessaire pour éviter le chantage, et qu'un engagement absolument nul, ne peut pas échapper aux règles sur la preuve des actes juridiques, quand on peut avoir intérêt à l'invoquer.

mariage étant nulle, est assimilable à un simple fait (1). Revenant à la théorie de M. Josserand, nous croyons difficile de reconnaître avec lui une force juridiquement obligatoire à la promesse de mariage. La loi ne connaît d'autre consentement, en fait de mariage, que celui donné devant l'officier de l'état civil, en pleine indépendance. Nous préférons trouver avec MM. Planiol, Laurent et la majorité des auteurs la justification de la jurisprudence citée plus haut dans l'article 1382, et non pas dans une promesse dénuée de toute valeur; depuis un arrêt de Cassation du 30 mai 1838 (2), c'est sur cet article que se fonde la demande d'indemnité; de cette manière enfin on peut comprendre que même quand il n'y a pas aucune promesse formelle de mariage, la demande d'indemnité peut être acceptée (3). Mais comment trouver dans l'article 1382 le fondement de la responsabilité du fiancé? Si aucun lien juridique ne l'oblige à respecter sa promesse, il paraît évident qu'en se retirant il exerce son droit.

Mais il faut ajouter cette restriction; il exerce son droit quand il a des justes motifs, et la jurisprudence tient compte des circonstances de fait qui accompagnent cette rupture pour apprécier les motifs; ainsi ont été considérés comme justes motifs de rupture : la conduite

1. Planiol, II, n° 1109.

2. S. 38. 1. 492. — V. Planiol, t. VII, p. 89.

3. Cf. Rennes, 18 juillet 1906. D. 1907. 2. 70, et la note.

critiquable de la fiancée pendant l'absence du fiancé (1), la grossesse de la future épouse, le refus de payer la dot promise. Mais quand, sans motifs légitimes, par pur caprice, le fiancé a repris la parole, en causant à sa fiancée soit un préjudice matériel (dépenses en vue du mariage (2), fait d'avoir quitté une situation pour s'établir dans la ville où habite son fiancé (3), soit un préjudice purement moral (atteinte grave dans sa réputation (4)), il a abusé de son droit, et il doit réparer les suites préjudiciables de son abus. Et la jurisprudence considère comme abusive la rupture de la promesse après les publications à la mairie, à la veille du jour fixé pour le mariage, par pur caprice, ou sous le prétexte que la future épouse ne lui a pas avoué complètement le passif hypothécaire à sa charge (5).

Le Code allemand dans les articles 1298 et 1299, le Code suisse dans l'article 92 affirment cette responsabilité, tout en reconnaissant que les fiançailles n'ont pas un caractère juridiquement obligatoire.

B. — *Résiliation d'un contrat de louage de services à durée indéterminée.* — L'immense majorité de travail-

1. Trib. de la Seine, 14 mars 1907. Pand. fr., 1907. 2. 175.

2. Paris, 15 déc., 1871. D. 86. 2. 238.

3. Lyon, 30 avril 1907. D. 1908. 2. 73.

4. Nîmes, 17 mai 1882. S. 83. 2. 95.

5. Rennes, 18 juillet 1906. D. 1907. 2. 70. — Cass., 12 nov. 1901.

D. 1902. 1. 46; S. 1902. 1. 237. — Chambéry, 20 mars 1907. D. 1908. 5. 6.

leurs vit sous le régime de louage à durée indéterminée. Il est susceptible de durer la vie entière, mais il ne se maintient que par une volonté mutuelle persistante, et chacune des parties engagées dans le contrat peut le résilier. C'est au moment de la résiliation qu'on est amené à se demander quelles conséquences juridiques produit cette résiliation et à rattacher ces conséquences aux circonstances de la résiliation du contrat.

Sous l'empire du Code civil on reconnaissait à chacune des parties le droit de donner librement congé à l'autre, sauf à respecter les règles imposées par l'usage, c'est à dire le délai de congé qui doit courir entre la dénonciation du contrat et la cessation du travail. Le renvoi immédiat était même possible, quand la cause du congé était grave et urgente (1). Mais quand ce délai de congé était observé, n'y avait-il en aucun cas lieu à des dommages-intérêts pour cause de renvoi? La jurisprudence, en appliquant le principe que nul ne commet une faute quand il exerce son droit, a refusé d'allouer des dommages-intérêts en cas de rupture unilatérale du louage de service. Un arrêt, type de la Cour de cassation du 5 février 1872 (2), pose en thèse : « Qu'une com-

1. Alger, 4 juin 1877. D. 78. 2. 16. S. 78. 2. 80.

2. Civ. Cass., 5 fév. 1872. D. 73. 1. 63-64 (2 arrêts). — Dans le même sens : Aix, 6 mai 1873. D. 74. 1. 65-66 (2 arrêts). — Cass., 21 juillet 1873. S. 73. 1. 470 (3 arrêts). — Cass., 5 août 1873. D. 74. 1. 65-66 (2 arrêts). — Cass., 28 avr. 1874. D. 74. 1. 304. — Cass., 10 mai 1875. D. 75. 1. 198. — Cass., 10 mai 1876. D. 76. 1. 424. — Alger, 4 juin 1877. D. 78. 2. 16. — Cass., 17 mai 1887. D. 87. 1. 410.

pagnie de chemin de fer ne peut être passible d'une indemnité, à raison de ce que le renvoi d'un employé a eu lieu sans motifs légitimes, si d'ailleurs les clauses expresses ou tacites du contrat ont été respectées. » Cette doctrine de la Cour de cassation, qui refuse aux tribunaux le droit de chercher les motifs de la résiliation et proclame l'irresponsabilité dans l'exercice d'un droit, triomphe en 1872. Auparavant les Cours d'appel et la Cour suprême admettaient que la faculté de résiliation pouvait être abusive, donc génératrice de responsabilité, lorsqu'elle était exercée d'une façon intempestive et sans motifs sérieux (1). Cette dernière jurisprudence était mieux en harmonie avec la tendance qui ne reconnaissant aucun droit absolu, soumet celui qui en abuse à la responsabilité. Elle était surtout en harmonie, remarque M. Duffau-Lagarosse (2), avec la jurisprudence qui s'est formée dans la matière tout à fait analogue au point de vue juridique, de la rupture d'une promesse de mariage. Et on peut s'étonner de voir la Cour suprême révenir en 1872 sur cette solution équitable en mettant à l'abri du droit la volonté malicieuse ou capri-

1. Paris, 9 mai 1865. D. 65. 2. 106. — Caen, 20 août 1849. D. 50. 2. 45. — Cass., 8 fév. 1859. D. 59. 1. 57. — Paris, 12 février et 16 mars 1858. D. 58. 2. 215. — Rouen, 9 fév. 1859. D. 61. 2. 52. — Paris, 16 fév. 1863. D. 63. 2. 127. — Cass., 24 janv. 1865. D. 65. 1. 40. — Cass., 19 août 1867. D. 67. 1. 372. — Bordeaux, 18 nov. 1872. D. 73. 2. 106.

2. *Du droit aux dommages-intérêts dans le louage de services* (*Revue critique*, 1899, p. 489).

cieuse. Ainsi cette jurisprudence n'a pas été suivie par toutes les Cours d'appel. Certaines cours ont résisté en maintenant la jurisprudence antérieure (1).

Contre cet état de choses, les employés de chemin de fer, qui, renvoyés sans justes motifs perdaient leur emploi et leur droit à la retraite, adressèrent une pétition à la Chambre des députés en 1872. Après une longue lutte on aboutit à la réforme de 1890. C'est que la situation des employés de chemin de fer était particulièrement intéressante, et la jurisprudence trop rigoureuse pour eux. « La Compagnie, disait M. Poincaré (2), est un être moral puissant qui poursuit avec l'autorisation et l'encouragement de l'État une entreprise de longue durée... Dans l'intention commune des deux parties contractantes la convention est faite à longue portée... ; l'agent qui entre cherche la sécurité d'un emploi durable et l'espérance d'une retraite pour la vieillesse. Si la compagnie rompt le contrat, l'employé reste sans ressources ; la nature du contrat rend ici tout à fait abusif le congé arbitraire. » Mais le Sénat jugea utile de statuer d'une manière générale, et, modifiant le texte voté par la Chambre des députés, inséra dans le Code civil la disposition nouvelle qui complète

1. Paris, 2 août 1872. D. 74. 5. 322. — Paris, 17 août 1872. S. 72. 2. 183 (2 arrêts). — Paris, 11 janv. 1887. D. 88. 2. 22. — Riom, 24 juill. 1890. D. 91. 2. 236.

2. Rapport présenté à la Chambre le 29 déc. 1888. Doc. parl., session extraordinaire de 1888. Annexe n° 3272. p. 813, col. 1 et 2.

l'article 1780 : « Le louage de services fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes. Néanmoins la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts » (loi du 27 décembre 1890).

La loi ne nous dit pas *quand et pour quelles causes* les dommages-intérêts peuvent être dus. On a laissé cette question à l'appréciation des juges. « Détestable manière de légitimer, s'écrie M. Planiol (1), qui consiste à se débarrasser sur la jurisprudence de toutes les questions épineuses. Le premier devoir du législateur est de résoudre lui-même les questions de principe et de ne laisser au juge que l'application. »

Quelle est la portée de la loi de 1890 ? A travers les divergences de la doctrine et de la jurisprudence, on peut trouver une idée qui s'impose avec une autorité de plus en plus décisive : le législateur a voulu frapper non seulement la résiliation brusque, intempestive, mais aussi la résiliation abusive (2).

Mais en quoi consiste l'usage abusif du droit de résiliation ? D'après M. Sauzet (3) et M. Ronjat (4), il con-

1. T. II, n° 1887.

2. V. Josserand, p. 39. — Cf. les conclusions de M. l'avocat général. *Rau.* D. 95. 1. 250.

3. *Annales de droit commercial*, 1891, nos 30 et suiv.

4. *Sous Cass.* S. 93. 1. 48.

siste dans l'intention de nuire. M. Mongin (1), qui critique cette solution, dit que « le congé est abusif lorsque l'intention de causer un préjudice immérité en constitue le motif principal ». D'après MM. Planiol (2) et Baudry-Lacantinerie et Wahl (3), l'usage abusif doit être entendu non seulement d'une résiliation faite dans le but de nuire au contractant, mais aussi de l'absence de toute raison sérieuse qui justifie la décision ; il faut que la rupture s'explique par une raison honorable, par un intérêt matériel ou moral, mais non par un pur caprice de celui qui provoque la rupture. Le même avis est exprimé par M. Josserand (4) qui trouve dans l'absence de motif légitime, la caractéristique de l'abus de droit. Il appuie son opinion sur les paroles de MM. Léon Renault et Tolain lors de l'élaboration de la loi de 1890 (5), sur la loi du 18 juillet 1901 qui, destinée à garantir l'emploi aux réservistes appelés à faire une période d'instruction militaire, parle dans l'article 2 de la résiliation du contrat *pour une autre cause légitime*, s'en référant à l'article 1780 du Code civil « dont elle fournit le commentaire le plus autorisé et le plus décisif ».

1. *Le Droit de congé dans le louage de services* (Revue critique, 1893, p. 342 et s.).

2. Note D. 97. 1. 401.

3. T. XXI, n° 2930.

4. *Loc. cit.*, p. 39.

5. V. séance du 25 nov. 1890 au Sénat, et la séance du 4 déc. 1890 (*J. off.*, p. 1131, col. 3).

Nous approuvons l'opinion que nous avons rapportée et nous croyons que la loi de 1890 a voulu frapper la résiliation abusive du contrat de louage à durée indéterminée, caractérisée par l'absence des motifs légitimes.

Nous écartons donc la théorie de M. Appert, qui s'appuyant sur quelques passages des travaux préparatoires (1), soutient qu'il faut *une faute* de la partie contre laquelle la rupture est prononcée pour que le renvoi soit justifié (2). Ceux qui, dans la discussion de la loi ont indiqué son but, ont dit simplement que l'ouvrier doit être protégé contre l'arbitraire ou le caprice du patron (3) ; la loi n'a pas voulu donner au salaire une garantie excessive, en rendant le contrat à durée indéterminée beaucoup plus solide que celui à durée déterminée, qui peut être rompu (4). La conclusion que M. Appert tire de son système, c'est que le renvoi serait pour le patron un fait de risque industriel qui, quoique licite en soi, oblige celui qui prend cette initiative pour une raison qui découle de sa propre activité industrielle, à désintéresser l'autre partie qui n'a rien à s'imputer. Cette solution est fâcheuse et dépasse le but de loi.

1. Discours de M. Cuvinot au Sénat, *Journ. off.* 29 nov. 1890. Déb. parl. p. 1070.

2. Note S. 99. 1. 33.

3. V. les divers passages cités.

4. Baudry et Wahl, *loc. cit.*, n° 2931.

La loi de 1890 n'a donc d'autre portée que de subordonner la résiliation d'un contrat à durée indéterminée à l'existence des motifs légitimes, dont l'appréciation revient au juge. Et il ne faut pas voir dans cette subordination une règle introduite en 1890. « Elle existait, dit M. Duffau-Lagarosse (1), auparavant, alors, comme aujourd'hui elle formait le droit commun, et si la Cour de cassation l'a pendant quelques années méconnue, le nouvel article 1780 vient à cet égard compléter la jurisprudence et la fixer désormais en la ramenant à la doctrine dont, à notre sens, elle n'aurait jamais dû s'écarter. »

La jurisprudence, de même que la doctrine trouve l'abus du droit dans l'absence de motif sérieux, dans la méchanceté et dans le caprice (2).

Les tribunaux ont accordé des dommages-intérêts à des employés ou ouvriers envoyés. Ils ont considéré le renvoi comme abusif dans les cas suivants :

Renvoi pour une absence momentanée, occasionnée par les obsèques de son enfant décédé (3), par une

1. *Loc cit.*, p. 497.

2. Cass., 5 fév. 1896. S. 96. 1. 217. — 19 juin 1897. D. 98. 1. 540. — 28 juin 1897. S. 99. 1. 33. — 2 mars 1898. D. 98. 1. 329. — 18 juill. 1899. S. 99. 1. 508. — 12 nov. 1900. D. 901. 1. 33. — 12 mars 1902. S. 902. 1. 439. — 16 mars 1903. S. 903. 1. 407. — 18 mars 1903. S. 903. 1. 407. — 5 août. 1903. D. 903. 1. 480. — Dijon, 25 juin 1895. S. 97. 2. 189. — Pau, 28 juin 1897. S. 98. 2. 37. — Aix, 1^{re} fév. 1899. S. 99. 2. 277. — Montpellier, 23 janv. 1902. S. 1903. 2. 47.

3. Chambéry, 11 mars 1896. S. 98. 2. 67 ; D. 9. 7. 2. 441.

maladie réelle et sérieuse (1) ; renvoi pour le motif que l'employé appartient à la religion israélite, ce que le patron ignorait lorsqu'il l'a pris à son service (2) ; le renvoi par le seul motif que l'ouvrier fait partie d'un syndicat, alors que celui-ci ne fait pas de propagande dans l'atelier (3). Pour apprécier si l'intérêt est légitime ou non, les tribunaux ne prennent pas en considération l'intérêt personnel de l'industriel, qui peut être légitime à son point de vue, mais ils l'apprécient d'une manière abstraite : aussi l'intérêt d'employer un ouvrier plus jeune ou plus habile, l'intérêt qu'il a à diminuer son personnel pendant la saison morte, n'est pas un intérêt suffisant pour les tribunaux, qui considèrent le renvoi donné dans de telles circonstances comme abusif (4). D'ailleurs la jurisprudence est assez large pour reconnaître un motif de renvoi comme légitime. Ainsi un arrêt de Lyon du 2 août 1895 (5) a considéré comme légitime le renvoi d'un employé qui a encouragé une grève, ou qui a pris part dans une grève (6), car la grève, quelque légitime qu'en soit l'exercice pour

1. Trib. comm., Seine, 13 oct. 1896. — Cass., 28 juill. 1897. D. 98. 1. 1. 6. Cf. p. Cass., 12 nov. 1900. D. 901. 2. 23. — Lyon, 29 mars 1907. *Gaz. Trib.*, 10 avril 1907.

2. Besançon, 5 juill. 1893. D. 900. 2. 405.

3. Cass., 19 juin 1897. S. 99. 1. 33.

4. Cass. civ., 20 mars 1895 (3 arrêts) D. 95. 1. 249 ; S. 95. 1. 313.

5. S. 98. 2. 6. et la note.

6. Trib. comm. de la Seine, 20 janv. 1894. *Gaz. Pal.*, 94. 1. 516.

— Trib. de la Seine, 14 nov. 1902. *Gaz. des Trib.*, 1901.

l'ouvrier n'enlève pas au patron le droit de se débarrasser d'un ouvrier dont il blâme la conduite ou craint les exigences. On considère en jurisprudence comme légitime le renvoi, quand il est provoqué par : une condamnation pénale de l'ouvrier, même s'il a été acquitté en appel, cet acquittement n'effaçant pas aux yeux du public l'effet moral de sa condamnation (1) ; le simple renvoi du salarié devant la cour d'assises (2) ; l'ivrognerie (3) ; les saisies-arrêts sur le salaire de l'employé (4) ; les injures contre le patron dans une réunion du Syndicat (5) ; le fait d'avoir fait faillite, quand la situation de l'employé dans l'entreprise peut jeter sur cette entreprise la déconsidération (6) ; l'absence de service quand elle n'a pas une cause sérieuse (7) ; des actes d'indiscipline (8) ; l'insuffisance de l'employé (9). etc.,

1. Cass., 22 et 23 juill. 1896. *Rec. Bordeaux*, 88. 1. 422.

2. Bordeaux, 8 août 1886. *Rec. Bordeaux*, 88. 1. 422.

3. Trib. comm. Amiens, 25 oct. 1898, *Loi*, 9 janv. 1899.

4. Bordeaux, 30 déc. 1891. *Rec. Bordeaux*, 92. 1. 47.

5. Bourges, 7 déc. 1898. *Droit*, 1^{er} mars 1899.

6. *Contra* : Lyon, 5 juill. 1905. *Droit*, 6 sept. 1905. pour le motif « qu'on ne peut pas condamner les anciens faillis à mourir de faim ou à vivre de la charité ».

7. Douai, 11 mars 1892. S. 94. 2. 193 (absence pour représenter ses collègues ouvriers à un congrès). — Trib. Seine, 5 mars 1895. *Droit*, 15 oct. 1895 (ingénieur ayant quitté son poste en temps d'épidémie) ; etc.

8. Trib. comm. Seine, 1^{er} déc. 1899. *Rev. cons. prud.*, 1900, p. 353. (ouvrier fumant dans l'atelier malgré la défense du patron).

9. Cass., 9 janv. 1901. S. 902. 1. 454. — Conf. Mongin, *loc. cit.*, p. 354. Mais on ne peut faussement se servir d'un prétexte : Riom,

Nous avons vu la jurisprudence, ici comme ailleurs, subordonner l'existence d'un motif légitime, et appréciant ce motif légitime en le mettant en contact avec « le critérium social, lui même si fugitif et si variable » (1). Elle applique la théorie de l'abus du droit, qui représente le minimum de satisfaction réclamé par notre besoin de justice, en nous mettant à l'abri de la mauvaise foi, de la volonté capricieuse, ou des intérêts mal compris.

5^o CONFLITS ENTRE HYPOTHÈQUES GÉNÉRALES ET SPÉCIALES

Après avoir passé en revue les divers droits susceptibles d'abus, nous examinerons une hypothèse très intéressante : c'est celle du conflit entre hypothèques générales et hypothèques spéciales. Elle est ainsi exposée dans le traité de M. Planiol (2). Le débiteur poursuivi a deux immeubles A et B, ayant chacun une valeur de 50.000 francs. Une hypothèque générale a été inscrite par Primus pour 50.000 francs. Après, Secundus et Tertius prennent inscription l'un sur A, l'autre sur B, pour des hypothèques spéciales. Les droits de Secundus et de Tertius dépendent de la manière dont

30 nov. 1900. *Rec. Riom*, 1901. 12. — cf. sur tous ces cas, Baudy et Wahl, *loc. cit.*, n° 2934 et s.

1. Jossierand. *loc. cit.*, p. 40.

2. Vol. II, n° 310.

Primus exerce son hypothèque, qui, étant indivisible, pourra être colloquée à son choix sur A ou sur B pour le total. Son droit d'être colloqué sur les deux immeubles à la fois est un droit auquel il peut renoncer (1), et il choisira sur lequel des deux immeubles son droit s'exercera : cette option est un droit absolu pour le créancier, on ne peut le forcer à répartir son hypothèque entre les deux immeubles (2). Secundus et Tertius ne pourront donc demander à Primus de diviser sa production sur les deux immeubles proportionnellement à leur valeur. Une telle prétention serait en opposition avec le principe de l'individualité de l'hypothèque (3). Cette situation faite aux créanciers qui ont une hypothèque spéciale postérieure est si injuste qu'on a cherché des remèdes. Ainsi, a-t-on observé qu'en usant de l'article 1251-1^o, il pourra payer le créancier préférable : subrogé dans ses droits il pourra porter l'hypothèque générale de manière à sauver son hypothèque spéciale (4). Quelques décisions ont refusé au

1. *Unusquisque potest juri in favorem suum introducto remutaire.* Cf. Baudry et de Loynes, 3, n^o 1958.

2. Planiol, *loc. supra*, cit.

3. Baudry et de Loynes, *loc. cit.* — Aubry et Rau, III, n^o 284. — Troplong, III, 750, et suiv. — Paris, 24 nov. 1814. S. 16. 2. 243. — Paris, 31 août 1815. S. 16. 2. 12. — Bordeaux, 7 juil. 1830. S. 30. 2. 1830.

4. On a même soutenu (Tarrille, *Rép. V^o Transcription*, § 6, n^o 5) que le créancier qui avait une hypothèque spéciale sur un immeuble, dont le prix a été complètement englouti par la collocation d'une hypothèque générale, se trouve par cela même subrogé aux droits du créancier à hypothèque générale (dans ce sens art. 392, 393 du C. civ. Japon). Avec

créancier à hypothèque spéciale ce droit de porter selon ses intérêts l'hypothèque générale, pour le motif qu'il fera de la sorte son hypothèque spéciale meilleure que d'autres hypothèques inscrites avant la sienne, sur d'autres immeubles, et préférables (1). Mais la Cour de cassation reconnaît aujourd'hui au subrogé ce droit (2). Un autre remède se présente quand les deux immeubles sont dans le même arrondissement et sont vendus à la même époque : l'hypothèque générale est colloquée sur les deux immeubles et la division ne se voit que dans les écritures : le créancier recevra le paiement en une seule fois et le principe de l'indivisibilité sera sauf (3). Mais quand le créancier à hypothèque générale a un intérêt légitime, par exemple quand il a une autre hypothèque spéciale ou même générale, mais primée par d'autres hypothèques, alors ses indications, relativement à la collocation de son hypothèque générale, doivent être respectées (4). Il s'assurera de la sorte le paiement de toutes ses créances (5).

raison Aubry et Rau (3, 284, note 22) combattent cette subrogation légale, indépendante de toute condition de paiement et incompatible avec l'article 1251-1^o.

1. Cass., 5 déc. 1854. D. 55. 1. 72 ; S. 55. 1. 282.

2. Cass., 9 mai 1905. S. 1906. 1. 489.

3. Planiol, II, n^o 3104.

4. Dans ce cas un créancier intermédiaire ne pourra lui rembourser sa créance garantie par une hypothèque générale sans lui garantir le paiement de toutes ses créances. « Nul n'est tenu (Aubry et Rau, III, 284, note 55) se prêter les mains à une subrogation que l'on ferait tourner contre lui-même.

5. Cass., 4 mars 1833. S. 33. 1. 421. — Cass., 16 août 1847. S. 47. 1. 832.

Mais quand ces remèdes ne sont pas possibles, faut-il appliquer rigoureusement le principe posé par Laurent (1), qui croit que le créancier peut à sa convenance maintenir l'indivisibilité ou y renoncer ? Cette solution nous mène à des résultats qui blessent l'équité (2). Les droits des créanciers postérieurs dépendent de l'option du créancier antérieur à l'hypothèque générale : le régime hypothécaire n'offre plus la garantie à laquelle on est en droit de s'attendre. On comprend dès lors que a porte reste ouverte aux fraudes et à la méchanceté.

Un autre moyen de fraude est d'aliéner les biens qui ne sont pas grevés par des hypothèques spéciales : les tiers acquéreurs ayant le droit de repousser par le bénéfice de discussion les créanciers avec hypothèque générale, ceux-ci mettront leurs hypothèques à la charge des biens inaliénés et rendront ainsi illusoire le droit des créanciers à hypothèque spéciale. Mais, dans ce cas, quand la preuve de la fraude sera fournie, la paulienne anéantira l'aliénation. Mais dans d'autres cas aussi où la paulienne ne peut pas intervenir, on a trouvé le moyen d'obvier à ces inconvénients. Voilà d'abord un arrêt ancien de la Cour de Paris du 28 août 1816 (3) : « Les droits respectifs des créanciers hypothécaires par hypothèque générale et par hypothèque spéciale doivent être

1. T. XXX, n° 186.

2. Baudry et de Loynes, III, 1958.

3. Cité en note sous article 2134 du Code civil annoté de Sirey.

combinés de manière à prévenir toute fraude et tout *dommage non nécessaire*. On ne doit pas souffrir que le créancier avec hypothèque générale restreigne volontairement sa collocation à tel ou tel immeuble, de manière à faire manquer les fonds pour le créancier premier inscrit avec hypothèque spéciale. En ce cas, le créancier porteur d'une hypothèque générale n'a que le droit de demander sa collocation en ordre utile, sans qu'il puisse désigner l'immeuble sur le prix duquel il veut être colloqué (1). » Un arrêt beaucoup plus récent de Rennes (2) pose des limites aux droits du créancier avec hypothèque générale, « pourvu toutefois que le créancier n'agisse pas *par malice* et sans cause, mais que ses agissements soient justifiés par *un intérêt sérieux et légitime et maintenus dans les limites de cet intérêt* » (3).

Nous voyons donc la jurisprudence, dans ce cas comme dans les autres, limiter le droit et subordonner son exercice à l'existence d'un intérêt sérieux et légitime. Elle condamne l'exercice d'un droit par malice, et veut prévenir tout dommage non nécessaire.

1. Dans le même sens : Cass., 17 août 1830. — Cass., 18 juillet 1893 (motifs). S. 94. 1. 335 ; D. 94. 1. 113. — Cf. Guillouard, t. III, n° 1535.

2. Rennes, 29 juillet 1895. D. 96. 2. 71.

3. V. aussi Cass., 22 avril 1856, S. 58. 1. 392 ; D. 56. 1. 326.

5^o EXERCICE ABUSIF DU DROIT DE GRÈVE

La loi du 21 mars 1884, sur les syndicats professionnels a abrogé l'article 416 du Code pénal, qui après a loi de 1864 ayant proclamé le droit de grève, réprimait les amendes, dépenses, prescriptions, interdictions prononcées à la suite d'un plan concerté. La grève n'est plus un délit pénal que dans les cas prévus par les articles 414 et 415 du Code pénal, c'est-à-dire lorsqu'elle est accompagnée de violences, voies de fait, menaces ou manœuvres frauduleuses 1).

Nous étudions, par hypothèse, la grève isolée, séparée de tout fait qui la ferait tomber dans la catégorie des faits réprimés par la loi pénale, la grève dans laquelle on n'emploie que des moyens pacifiques et légaux.

Pour débayer le terrain de la matière, nous pensons qu'il faut écarter la théorie soutenue par M. l'avocat général Ronjat au cours d'un procès célèbre (2) et par

1. Nous croyons qu'il faut remarquer que la jurisprudence a une tendance marquée à rendre ces articles très compréhensibles : Dans la grève de Rive-de-Gier, les tribunaux n'ont pas hésité à condamner en vertu de l'article 414 le fait d'un ouvrier gréviste de s'être porté à la tête d'un groupe d'ouvriers devant l'usine et là de s'être installés à la table d'un café, un papier et un crayon à la main pour écrire, ostensiblement, les noms des ouvriers sortant des ateliers (Rapp. sur la proposition de M. Marcel Barthe au Sénat, 10 mars 1893. *Journ. off.*, annexe 73).

2. Cass., 22 juin 1892. S. 93. 1. 47.

M. l'avocat général Desjardins (1), qui donne à l'article 414 du Code pénal le rôle de réprimer l'interdiction du travail qui était autrefois réprimée par l'article 416 : le fait donc d'exiger du patron le renvoi d'un ouvrier en le menaçant d'une grève tomberait sous le coup de l'article 414. MM. Ronjat et Desjardins citent à l'appui de leur théorie un arrêt de la Cour de cassation (2), d'après lequel les menaces de grève faites dans le but d'interdire le travail à un ouvrier constituent des menaces prévues et punies par l'article 414. Nous croyons que cette théorie est inexacte. Si on donne une pareille extension à l'article 414, alors l'abrogation de l'article 416 n'aurait aucun sens. Or, il résulte des travaux préparatoires que le législateur de 1884 a voulu faire une transformation et s'est rendu compte des conséquences de l'abrogation de l'article 416. M. Paul Boncour, après avoir étudié en détail les discussions suivies au Sénat, dit (3) : « L'interprétation de la loi de 1884 doit être dominée par cette règle absolue, qu'on ne peut arguer de ses inconvénients pour prétendre achever, en la corrigeant, la pensée de ses auteurs, puisque nous sommes certains que leur pensée n'a pas été surprise et qu'ils se sont décidés en connaissant

1. Cass., 9 juin 1896. S. 97. 1. 27.

2. Cass., 5 avril 1867. 3. 67. 1. 222.

3. Les rapports de l'individu et des groupements professionnels, thèse de Paris, 1900, p. 235.

parfaitement toutes les conséquences de leur décision ». Ces tentatives faites pour étendre l'application des articles du Code pénal relatifs à la grève ne peuvent être expliquées que par cet état d'esprit singulier qui admet la grève, mais garde cependant l'impression, qu'elle est, comme disait M. Waldeck Rousseau, en elle-même une sorte de voie de fait et une sorte de violence (1).

L'arrêt de la Cour suprême cité par MM. Ronjat et Desjardins n'a pas la portée qu'on lui donne. M. Jay (2) a montré que l'arrêt invoqué fait tomber sous le coup de l'article 414 les menaces adressées par les ouvriers à leurs camarades pour les forcer à prendre part à la coalition, tandis qu'il fait tomber sous le coup de l'article 416 les menaces de grève adressées au patron pour obtenir le renvoi d'un ouvrier,

L'article 416 étant abrogé, les menaces de grève et la grève faite pour obtenir le renvoi d'un ouvrier ne sont plus des délits.

Dans ce sens se prononce la jurisprudence : « La pression exercée par les ouvriers sur le patron, même en vertu d'un plan concerté pour obtenir le renvoi d'un de

1. Discours de M. Waldeck-Rousseau, ministre de l'Intérieur au Sénat, séance du 28 janv. 1884. *Journ. Off.*, Déb. l'arl. du 29 janv. 1884, p. 188 et suiv.

2. Note sous Cass., 22 juin 1892. S. 93. 1. 41. Voir aussi note sous Cass., 9 juin 1896. S. 97. 1. 20.

leurs camarades, quelque regrettable qu'elle puisse être dans certains cas, ne constitue plus un délit. » (1)

Mais il faut aller plus loin : même les menaces adressées à un ouvrier de le mettre en interdit, ne constituent plus un délit. L'abrogation de l'article 416 a limité le champ d'application de l'article 414 et l'arrêt de 1867 qui interprétait exactement la loi ne pourrait plus se reproduire (2). Rien dans l'interdiction de travail ni elle-même, ni la menace qui peut en être faite au patron ou à l'ouvrier, ne saurait être considéré comme délictueux. Si M. Thaller (3) dit que toute question de pénalité n'a pas disparu pour la mise à l'index, c'est qu'il pense que la mise à l'index « est accompagnée de sous-entendus sur le sens desquels l'intimé ne saurait se méprendre ; il sait qu'à ne pas obéir il expose sa vie, la menace n'est pas expresse, mais elle existe... » M. Thaller fait, comme il le dit lui-même, « de la jurisprudence divinatoire ». Nous examinons par hypothèse une interdiction de travail isolée de toute violence, menaces ou manœuvres frauduleuses, et nous croyons qu'il faut affirmer que dans ces conditions la mise à l'index est licite, et par conséquent aussi la menace d'user légalement et pacifiquement du droit de grève.

1. Jugement de Lyon, 22 janv. 1892. *Gazette du Palais*, 9 mars 1892.

2. Paul Boncour, *loc. cit.*, p. 245.

3. *Revue critique de législation*, 1884, p. 390-391.

Ne constituant plus un délit pénal, la grève n'est pas non plus un délit civil. En effet, abstraction faite de la loi pénale, la grève n'a pu jamais être considérée comme un délit civil. Elle n'est que la liberté individuelle mise en œuvre pour se réunir avec d'autres afin d'accroître la puissance de leurs efforts (1). La grève étant un acte licite, l'exhortation à la grève est elle-même licite. Chacun a le droit de conseiller à son semblable de faire un acte licite, chacun peut légitimement user de ses forces, de ses connaissances non seulement dans un but égoïste, mais encore dans le but altruiste de développer les jouissances d'autrui (2).

Mais certaines cours d'appel sont contraires à cette manière de voir (3). La Cour de Toulouse, notamment, prétend que « nul n'a le droit de s'immiscer dans les affaires d'autrui, à moins d'y avoir soi-même un intérêt réel, appréciable, qui est alors le générateur d'un droit destiné à sauvegarder ce même intérêt. Sans un intérêt propre et personnel à protéger ou à faire valoir, l'immixtion dans les affaires d'autrui ne constitue ni l'exercice d'un droit, ni même l'exercice d'une simple faculté ». Et la Cour a réformé le jugement du tribunal

1. V. Alb. Wahl, *De la responsabilité civile en matière de grève* (Rev. trim., 1908, p. 614 et suiv.).

2. Wahl, *loc. cit.*, p. 516. — Cf. Cass., 19 juin 1897. S. 98.1.17 (note Esmein) et le rapport Letellier et les conclusions Duval.

3. Lyon, 2 août 1895. S. 98.2.6. — Toulouse, 20 juillet 1896. S. 98.1.17.

de Toulouse du 19 mars 1896, qui avait affirmé le droit du tiers d'intervenir dans une grève, de s'y mêler et de s'en faire activement le fauteur et l'appui, la légitimité de ce droit apparaissant pour le Tribunal comme une suite nécessaire du droit de coalition et trouvant dans la sanction légale du droit de coalition sa propre consécration.

La Cour suprême s'est ralliée à la thèse soutenue par le tribunal de Toulouse et a admis le droit d'un tiers d'intervenir dans une grève, en l'assimilant au gréviste (1).

La thèse soutenue par la Cour de Toulouse est critiquable. Elle suppose l'oubli de l'institution de la gestion d'affaires qui permet l'immixtion dans les affaires d'autrui sans que celui qui s'y mêle ait un intérêt personnel. Au surplus, dit M. Wahl (2), si l'immixtion était interdite, c'est dans l'intérêt de celui dans les affaires duquel on s'immiscie que l'interdiction serait faite. Or, quand ce tiers consent, l'immixtion ne serait plus répréhensible, le mandat en offre l'exemple. Mais nous croyons que la Cour suprême a eu tort d'assimiler le tiers au gréviste ; le tiers peut intervenir, mais il use alors d'un autre droit, celui de tout homme de communiquer sa pensée, de conseiller et d'assister un semblable, le droit de se réunir, le droit d'exprimer sa pensée par la parole ou par la plume, mais en aucun

1. Cass., 29 juin 1897. S. 98. 1. 17, précité.

2. *Loc. cit.*, p. 617

cas ce droit ne dérive pas du droit de grève. M. Esmein qui soutient dans sa note magistrale (1) ce point de vue a parfaitement raison : il a aussi raison quand il réfute la thèse soutenue par M. Morillot dans sa consultation (2), que celui qui se mêle de ce qui ne le regarde pas en conseillant un tiers, est passible de dommages-intérêts envers celui qui a subi un préjudice à la suite de ces conseils, même quand l'acte conseillé est un fait licite pour celui qui l'accomplit. Cette thèse qui pose en principe l'affirmation de l'arrêt de Toulouse est inadmissible et son principe peut être un principe de prudence, en tout cas il n'a pas la valeur d'un axiome juridique. Mais que décider quand celui qui se mêle dans une grève, en devenant le meneur est un employé du patron ? La jurisprudence considère les employés du patron comme engagés à ne lui porter aucun préjudice ; ils seront donc alors responsables comme ayant contrevenu à une de leurs obligations contractuelles (3). La grève peut être préparée par un syndicat professionnel, qui, aux termes de la loi de 1884 est chargé de défendre les intérêts professionnels des syndiqués (4), c'est-à-dire d'après l'explication du rapporteur de la

1. S. 98. 1. 17.

2. Sirey, *loc. cit.*

3. Wahl, *loc. cit.*, p. 618.

4. V. Planiol, note sous cass., 25. janv. 1905. D. 1905. 1. 153.

loi au Sénat « tout ce qui peut intéresser une profession industrielle ou commerciale » (1).

La grève étant légitime, les mesures destinées à la rendre efficace sont aussi légitimes. Les ouvriers pourront donc mettre à l'index le patron qui n'a pas accepté leurs propositions (2), imposer des déchéances aux ouvriers qui ne cessent pas le travail (3), exercer des influences sur les ouvriers pour les déterminer à cesser leur travail (4).

Mais si la grève est légitime quand elle est exempte des violences et manœuvres qui la font tomber sous les coups du Code pénal, est-ce que l'exercice du droit de grève ne peut jamais donner lieu à des dommages-intérêts ? Nous avons très souvent affirmé au cours de ce travail que l'exercice d'un droit n'est pas absolu et que, dans les conditions qui restent à être examinées pour chaque cas qui se présente, il peut être abusif et engendrer la responsabilité de son auteur. La théorie de l'abus du droit que nous allons examiner dans ces applications à l'exercice du droit de grève apporte un correctif nécessaire à ce droit. Et, comme le disait M. Paul Boncour (5), « il faut se féliciter de pouvoir

1. V. Wahl, *loc. cit.*, p. 618 et 623.

2. Limoges, 29 novembre 1901, sous Limoges précité.

3. Toulouse, 20 juillet 1896. S. 98. 1. 17.

4. Limoges, 10 juin 1902. S. 903. 2. 233 ; D. 905. 1. 153.

5. *Op. cit.*, p. 267.

étudier d'abord sur un terrain purement théorique ces questions si brûlantes des droits syndicaux, qui touchent à tant de conflits douloureux et profonds de notre vie sociale, et dans lesquels, derrière d'humbles textes de droit privé, se heurtent et luttent des principes de droit public, et peut-être même derrière ces principes, des individus et des classes ! Il faut se féliciter de les pouvoir ramener à d'autres questions, qui jouissent, elles, du singulier privilège de demeurer dans la sérénité des principes, loin des agitations de la pratique et des contingences sociales, dans ce domaine éternel et reculé du droit pur, aux frontières duquel doit venir se briser la vague affaiblie des préoccupations actuelles ». Quelles seront les applications de la théorie de l'abus du droit à l'exercice du droit de grève ?

Examinons les diverses hypothèses qui se sont présentées devant la justice.

1° *La grève est exercée uniquement dans un but de malveillance.* — On peut poser ici comme ailleurs en principe qu'il y a faute à user de son droit dans le seul but de nuire à autrui sans aucun profit pour soi-même. Le droit de tout homme est, en effet, contenu par le droit des autres hommes (1).

La jurisprudence affirme ce principe et l'applique d'une façon constante.

1. Wahl, *loc. cit.*, p. 631.

Les ouvriers d'une usine de Nantes obtinrent de leur directeur sous la menace de grève exercée par leur syndicat le renvoi d'un contre-maitre. Celui-ci demanda des dommages-intérêts au syndicat qui avait provoqué le renvoi. Débouté de sa demande par le tribunal de Nantes et par la Cour de Rennes pour le motif que « l'exercice d'un droit ne saurait donner lieu à des dommages-intérêts, quand bien même il causerait préjudice à autrui », il s'adressa à la Cour de cassation qui, sur les réquisitions de M. l'avocat général Desjardins, a décidé que lorsque les menaces de grève sont dictées par un esprit de malveillance, elles peuvent motiver une condamnation à des dommages-intérêts (1). « La Cour d'appel, dit M. Desjardins, arrive à cette large conclusion. L'exercice d'un droit ne peut donner lieu à des dommages-intérêts, alors même qu'il causerait préjudice à autrui. Cette proposition absolue est singulièrement inexacte. Vous avez jugé plusieurs fois que la liberté de l'industrie, l'observation même des règlements et coutumes applicables dans l'exercice d'une industrie déterminée, fortifiés par une autorisation administrative ou par une concession des pouvoirs publics, ne dispensait pas d'indemniser un voisin du dommage causé le cas échéant par cette industrie » Déjà en 1892 la Cour de cassation avait eu l'occasion de

1. Cass., 9 juin 1896. S. 97. 1. 25.

se prononcer sur une espèce identique. Un ouvrier, Joost, avait abandonné le syndicat ouvrier de Jallieu, dont il faisait partie. Le syndicat l'avait mis en interdit et menaçait de grève les patrons qui voulaient l'embaucher. Joost poursuivit le syndicat en dommages-intérêts, se plaignant d'entraves à la liberté du travail. Les défendeurs, sans nier les faits, prétendaient que l'interdiction du travail constituait l'emploi des moyens légitimes, dans un but licite. Telle fut l'opinion du tribunal de Bourgoin (1) pour lequel peu importait qu'il y ait eu intention de nuire, car ce n'est pas le mobile qui décide s'il y a ou non délit, c'est le caractère illicite du fait pris en lui-même, sa nature juridique propre. L'arrêt de Grenoble (2) confirme le jugement de Bourgoin, mais son argumentation laisse penser qu'à la différence du tribunal de Bourgoin, la Cour en eût décidé autrement si l'interdiction du travail avait été seulement déterminée par des sentiments d'hostilité et de malveillance (3). La Cour de cassation (4) sur les conclusions de M. l'avocat général Ronjat (5) décida que le fait de demander le renvoi d'un ouvrier sur la menace de grève peut prendre le caractère d'une faute par les circonstances dans lesquelles il se produit et par le but

1. 11 janvier 1890. V. S. 93. 1. 42.

2. 23 octobre 1890. V. S. 83. 1. 42.

3. V. Paul Boncour, *loc. cit.*, p. 251.

4. 22 juin 1892. S. 93. 1. 48. D. 1892. I. 449.

5. V. S. 93. I. 47.

que ses auteurs se proposaient d'atteindre. En effet, l'usage d'un droit, quelque soit le préjudice qui en résulte pour autrui, est licite s'il s'agit de la sauvegarde d'un intérêt légitime ; il ne l'est plus s'il a pour unique mobile l'intention de nuire à autrui. Dans l'espèce la Cour suprême a jugé qu'il y a lieu d'appliquer cette théorie : quel était en effet le but poursuivi par le syndicat en prononçant l'interdiction de travail contre Joost ? Il n'y avait aucun droit légitime, aucun avantage pour les syndiqués, il ne s'agissait pas des conditions de travail. Joost n'avait accepté ni réduction de salaires, ni augmentation de la durée de son travail, sa présence dans l'atelier ne portait aucun préjudice aux ouvriers. L'interdiction de travail avait pour but unique l'intention de nuire, elle constituait l'usage abusif d'un droit.

Il y avait un autre motif de cassation sur lequel nous n'insistons pas, c'est que ne s'agissant pas de la défense des intérêts professionnels, le but pour lequel a été créé le syndicat se trouvait dépassé.

Déjà, avant l'arrêt de cassation de 1892, avaient été rendus dans ce sens deux jugements du tribunal de Charleville du 31 décembre 1891 (1). Ils adoptent le principe que l'interdiction de travail est un délit civil quand elle a pour but d'exercer un acte de vengeance.

1. *Recueil de législation et de jurisprudence*. Annexe à l'*Annuaire des syndicats*, p. 91, 95. — V. Paul Boncour, *loc. cit.*, p. 257.

La Cour de Nancy, le 18 mai 1892 (1), a confirmé un de ces jugements seulement. M. Gide (2) accuse d'illogisme la Cour, mais, comme le remarque M. Paul Boncour (3), si l'un des arrêts a rejeté l'action en dommages-intérêts intentée contre le syndicat, c'est parce qu'il n'était pas prouvé que la mise à l'interdit et les menaces de grève fussent imputables au syndicat.

On peut donc considérer comme une règle acquise en jurisprudence que la grève constitue un abus de droit quand elle est uniquement motivée par une intention malveillante (4).

2° *La grève ou la menace de grève est exercée parce que l'ouvrier n'est pas syndiqué.* — Alors la jurisprudence décide le plus souvent que l'exercice du droit de grève est abusif. « Si, en effet, dit un arrêt de Lyon (5), la loi du 24 mars 1884, sur les syndicats professionnels, par l'abrogation qu'elle a prononcée de l'article 416 du Code pénal, permet aux ouvriers de se concerter entre

1. Voir les arrêts de Nancy. S. 93. 2. 20; D. 92. 2. 433.

2. *Rev. d'écon. politique*, 1892, p. 588.

3. *Loc. cit.*, p. 257, note.

4. Nîmes, 2 fév. 1898 (arrêts). S. 98. 2. 126; D. 98. 2. 103. — Trib. fédéral suisse, 14 août 1899. S. 1900. 5. 22. Voir les critiques de la jurisprudence rapportée plus haut dans *la Revue critique*, 1904, p. 142, l'article de M. Perreau. Dans le sens de la jurisprudence: M. Hubert-Valleroux, notes sous jugements de la Seine du 8 nov. 1895, sous jugement de Lyon du 16 déc. 1896 dans *la Rev. soc.*, 1897. p. 229. — *La Liberté du travail et la loi sur les syndicats professionnels*, 1891, t. I, p. 164 (*Économiste français*, 7 fév. 1891). — Jay, note sous cass., 9 juin 1896. S. 97. 1. 25.

5. 2 mars 1894. S. 94. 2. 306; D. 94. 2. 305.

eux pour la libre^a discussion de leurs salaires, elle a entendu, en proclamant le droit de chaque ouvrier de faire partie ou de ne pas faire partie d'un syndicat, suivant sa volonté, faire respecter la liberté personnelle et l'indépendance des ouvriers. »

Dans le même sens se sont prononcées la Cour de Chambéry le 14 mars 1893 (1) et la Cour de Lyon le 15 mars 1895 (2). « Lorsqu'il est établi que l'interdiction faite, sous menaces de grève, aux divers patrons exerçant la même profession, par un syndicat professionnel d'ouvriers, d'employer aucun ouvrier non syndiqué, a empêché un ouvrier non syndiqué d'être embauché par aucun patron, cet ouvrier est en droit de réclamer au syndicat des dommages-intérêts pour réparation du préjudice que lui a causé l'impossibilité de se procurer du travail. » Mais il y a des arrêts contraires. Nous pouvons citer l'arrêt de Grenoble du 23 octobre 1890 (3).

C'est à l'opinion de l'arrêt de Grenoble que se rallie M. Jay, dans sa note sous l'arrêt de cassation du 22 juin 1892 (4). Pour lui, il ne s'agit pas de savoir si l'intention

1. S. 93. 2. 139 ; D. 93. 2. 191. La Cour de Chambéry avait été saisie du renvoi prononcé par la Cour de cassation dans l'affaire Joost, syndicat de Jallieu.

2. S. 96. 2. 30. — V. aussi Paris, 31 mars 1896. S. 96. 2. 98 ; D. 96. 2. 184. — Trib. Seine, 4 juillet 1895. *Gaz. Pal.*, 95. 1. 86. — Cass., 22 juin 1892. S. 93. 1. 41 ; D. 92. 1. 449.

3. Sous cass., 22 juin 1892. S. 92. 1. 41.

4 S. 93. 1. 41.

de nuire suffit à transformer l'exercice d'un droit en délit civil, car ici la question ne se pose pas, et c'est apprécier « fort inexactement la portée des mesures prises par les ouvriers dans notre espèce, que de les réduire à la proportion mesquine d'actes de rancune, de vengeance particulière ». Les faits qu'on reproche au syndicat sont dus à ce que les associations se rendent compte que leur force est subordonnée à la compréhension « de la grande majorité, sinon la totalité, des ouvriers de la profession » ; pour atteindre ce but, elles s'efforcent de rendre l'adhésion au syndicat obligatoire, en fait, pour le plus grand nombre possible d'ouvriers ; « qu'on juge ces démarches comme on le voudra, il semble qu'on ne peut se refuser à reconnaître qu'elles sont inspirées par des vues d'ordre général, par une certaine façon (juste ou non, peu importe) de concevoir les intérêts professionnels, et non pas uniquement par le souci de porter atteinte à des intérêts personnels ».

Nous croyons qu'ici encore il faut appliquer la théorie de l'abus du droit. Sans ce correctif, le pouvoir du syndical serait absolu et, comme l'a dit M. Ronjat (1), « le monde du travail se trouverait enserré dans des liens plus étroits et plus insupportables que sous l'ancien régime des corporations fermées ; les ouvriers syndiqués ou non, ainsi que les patrons, seraient soumis à la

1. S. 93. 1. 47.

plus dure servitude, celle qu'exerce un maître omnipotent, anonyme et irresponsable, la liberté du travail et de l'industrie n'existerait même plus de nom ».

3° *La grève est déclarée ou l'interdiction de travail est prononcée parce que l'ouvrier ne se soumet pas aux conditions de travail fixées par le syndicat.* — La jurisprudence reconnaît alors au syndicat le droit de prononcer une interdiction de travail, parce qu'elle a pour but d'assurer l'observation des conditions de travail fixées par le syndicat dans un but général (1). Cette règle expressément consacrée par quelques décisions, l'est implicitement par la plupart de celles qui ont été rendues en la matière. Elles accordent au demandeur des dommages-intérêts, constatant que la mise à l'index a été prononcée dans un but de malveillance et non dans un intérêt général. Cette constatation implique, comme le remarque M. Paul Boncour (2), que la décision aurait été différente si le motif avait été d'ordre général, par exemple la défense des conditions du travail.

Mais il faut que l'interdiction du travail ait pour but de sanctionner une règle générale, parce que si elle était destinée à sanctionner une décision prise pour un ouvrier seulement, on retomberait dans la première hypothèse,

1. Lyon, 22 janvier 1892. *Gaz. Pal.*, 1892, p. 397. — V. Paul Boncour, *op. cit.*, p. 259. La mise à l'index du patron qui refuse l'adhésion à un tarif de salaire publié par le syndicat est licite. Cass. req., 25 janv. 1905. D. 1906. I. 153.

2. *Loc. cit.*, p. 260.

c'est à-dire dans l'hypothèse d'une interdiction de travail faite dans l'intention de nuire (1). M. Wahl (2) pense que les ouvriers ne sont pas responsables quand ils ont déclaré la grève dans un autre intérêt que l'intérêt professionnel, ou dans un intérêt mal compris. Si les syndicats sont alors responsables, c'est que la loi de 1884 a limité pour eux l'abrogation de l'article 416. Telle n'est pas notre pensée. Nous croyons que les ouvriers seront dans ce cas responsables, parce que la grève n'est licite que par le but légitime qu'elle sert. Serait légitime la grève provoquée pour déterminer le renvoi des ouvriers qui se contentent d'un salaire inférieur, ou le renvoi d'un contremaître trop sévère. Empêcher l'avilissement des salaires ou l'excès de sévérité sont intérêts légitimes. M. Wahl critique les arguments invoqués par la Cour de Riom (3) pour justifier la condamnation d'un syndicat de marchands de meubles au détail, pour avoir mis à l'index (par voie d'affiches) une maison de gros qui avait traité avec des particuliers sans avoir recours à un intermédiaire. Pour M. Wahl ce syndicat avait agi non dans le but de nuire au commerçant, mais dans le but de l'obliger à respecter les intérêts des négociants lésés par la vente directe aux particuliers de ses produits. Et si on invoque l'argu-

1. Lyon, 3 mars 1894. D. 94. 2. 305, note Planiol. Conf. la note de M. Planiol sous la Cour de Limoges, 10 juin 1902. D. 1903. 2. 329.

2. *Loc. cit.*, p. 637.

3. 7 fév. 1900. S. 1903. 2. 225, note de M. Alb. Wahl.

ment que le fait reproché au commerçant mis à l'index n'était pas établi, ou que l'usage de se servir d'intermédiaire n'était pas non plus établi, M. Wahl répond que le syndicat a pu se tromper sur ses intérêts, mais que l'erreur n'est pas un acte de malveillance, donc ne constitue pas un abus de droit qui est caractérisé par l'intention exclusive de nuire à autrui. De même, M. Wahl critique les arguments du tribunal de Douai du 7 mai 1902 (1), qui rend responsable le syndicat d'ouvriers typographes qui a mis à l'index, par voie d'affiches, une maison d'imprimerie. Le tribunal constate que la publicité de la mise à l'index était inutile, donc abusive et vexatoire. Pour M. Wahl, l'absence d'utilité ne caractérise pas l'abus du droit, et une grève, dont le but n'est pas celui de nuire, peut être dépourvue d'utilité pour les ouvriers, elle n'en est pas moins légitime.

A notre avis, l'opinion de M. Wahl ne paraît pas admissible. Nous pensons, au contraire, que l'absence d'intérêt se confond avec l'intention de nuire, et c'est même cette absence d'intérêt qui est le plus sûr moyen de reconnaître l'intention malicieuse que personne n'a la naïveté d'avouer.

1. Note sous la Cour de Limoges, 10 juin 1902. S. 1903. 2. 233.

CHAPITRE II

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

La théorie de l'abus du droit a été consacrée dans le Code civil allemand et dans le Code suisse.

La formule législative est généralement, en matière de droit, ce que la définition au dictionnaire de l'Académie est en matière de langage. Elle donne une valeur officielle et légale à l'usage ; quand une notion juridique s'est révélée comme nécessaire, la loi l'investit de son autorité et la revêt d'une forme impérative.

Mais telle est la nécessité de l'idée d'abus du droit qu'elle s'est faite jour sous l'empire des anciennes législations. Nous avons déjà noté son influence dans le Code civil français de 1804. Nous constaterons un fait identique dans la législation roumaine. Il sera même intéressant de remarquer que le droit anglais, le plus individualiste de tous, n'a pas lui-même échappé, dans une certaine mesure, à l'empire de la notion dont il s'agit.

1^o DROIT ALLEMAND

Le Code civil allemand a minutieusement réglementé la question de l'abus du droit.

L'article 226 pose le principe de l'abus du droit en ces termes : « L'exercice d'un droit n'est pas permis lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui. » Il donne par sa généralité satisfaction à la bonne foi et empêche l'usage strict du droit, lorsqu'il ne devrait donner qu'un avantage nul ou insignifiant à celui qui exerce son droit, par comparaison avec les sacrifices qui résulteraient pour un autre (V. note 1 sous l'art. 225, trad. Saleilles).

L'article 826 dispose : « Quiconque, intentionnellement, cause dommage à un autre d'une manière qui porte atteinte aux bonnes mœurs, est obligé envers cet autre à la réparation du dommage. »

Le premier de ces textes se place au point de vue subjectif du but immédiat de l'agent, le second à celui de la matérialité du fait ; dans ce dernier « l'atteinte aux bonnes mœurs », abstraction faite de l'intention malicieuse, serait le critérium de l'abus du droit.

On a prétendu établir une opposition entre ces deux textes (1), et l'on a discuté sur le point de savoir quel

1. Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch*, I, p. 279. — Saleilles, *Obligations*, 370, n° 1.

est celui qui définit l'abus du droit. A notre avis, on peut admettre que l'un et l'autre se réfèrent à cette définition qui, en définitive, englobe toute manifestation, soit subjective, soit objective, d'abus.

Les applications du principe posé sont nombreuses.

L'article 138 annule comme contraire aux bonnes mœurs un acte juridique par lequel quelqu'un en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui, obtient des avantages qui, par rapport à la prestation, sont d'une disproportion choquante.

Dans les articles 242 et 243, le Code allemand fixe l'exécution équitable, conforme à la loyauté et confiance réciproque des parties, des obligations en général. Une application spéciale est faite par l'article 557 en matière de bail ; le bailleur ne peut, pour des raisons d'humanité approuvées par les usages, user de son droit d'expulser le preneur.

L'article 905 décide que, bien que la propriété d'un immeuble emporte celle du dessous et du dessus, le propriétaire ne peut s'opposer à ce qui se fait à une telle profondeur ou à une telle hauteur qu'il n'a aucun intérêt à l'empêcher.

Citons encore les articles 1298 et 1299 sur la rupture injustifiée des fiançailles, les articles 1353, 1357 et 1358 sur l'abus de la puissance maritale. L'article 1353, alinéa 1, pose l'obligation à la communauté de vie conjugale, mais l'alinéa 2 déclare que la demande de l'un

des époux en vue du rétablissement de la vie commune peut se présenter comme un abus de droit ; il en est ainsi, par exemple, si la maladie d'un époux rend la cohabitation dangereuse (1).

L'article 1347 dispose que la femme a le droit, dans les limites de la sphère d'action domestique, de prendre soin des affaires du mari et de le représenter, mais que le mari a le droit de restreindre ou d'exclure le droit de la femme. Le texte ajoute, dans son alinéa 2, que si cette exclusion se présente comme un abus du droit du mari, elle peut, à la requête de la femme, être supprimée, par le tribunal des tutelles.

L'article 1358, dans le cas où la femme s'est obligée à une prestation personnelle, donne au mari le droit de dénoncer le rapport de droit dans lequel elle s'est engagée. Mais, « quand le refus d'assentiment du mari se présente comme un abus de son droit », le tribunal des tutelles peut donner assentiment à l'obligation de la femme. On protège ainsi la femme dans les cas où son activité est nécessaire pour entretenir la famille à cause de l'inertie du mari (2).

L'article 1308 prévoit le recours au tribunal des tutelles pour suppléer l'autorisation paternelle quand

1. L. Lyon-Caen, *la Femme mariée allemande*, p. 103-104. M. François Géný, sous l'article 1353, dans la traduction française du Code allemand.

2. V. L. Lyon-Caen, *la Femme mariée allemande*, thèse de Paris, 1903.

celle-ci est refusée « sans raison grave » à un enfant majeur qui veut se marier. L'article 1666 prévoit la déchéance de la puissance paternelle lorsque l'intérêt moral ou physique de l'enfant est mise en péril par le fait que le père néglige l'enfant ou abuse du droit de prendre soin de sa personne (1).

2^o DROIT SUISSE

A la place de la réglementation minutieuse que nous venons de voir dans le droit allemand, nous trouvons dans le droit suisse, une disposition unique contenant une formule très générale.

L'article 2 du Code fédéral suisse, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1912, est ainsi conçu : « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. »

Le plus large pouvoir d'appréciation est donc laissé aux tribunaux. La loi ne donne aucune définition de l'abus du droit.

Le but du texte précité était expliqué de la manière suivante dans le message du Conseil fédéral (2).

« L'article 3 (3) vise l'abus que les personnes peuvent

1. V. la note de M. P. Hamel qui a traduit cette partie du Code.

2. Coroi, thèse de Genève, p. 193.

3. Dans le projet, l'article 2 du Code était l'article 3.

faire de leurs droits. Des considérations pratiques militent en faveur de notre formule toute générale. Nous avons créé là une sorte de recours extraordinaire qui doit assurer le respect de la justice au profit de ceux qui souffriraient de l'abus évident qu'un tiers ferait de son droit, lorsque les moyens ordinaires ne suffisent pas à le protéger. »

M. Martin considérait comme insuffisante la disposition dont il s'agit : « C'est, disait-il, l'arbitraire qui est installé à la place du droit et le principal effet d'une disposition qui prohibe l'abus du droit, sera d'autoriser le pouvoir judiciaire à en commettre chaque jour (1). »

Telle n'était pas l'opinion de M. Virgile Rossel, rapporteur français à la commission, qui disait : « Craint-on que nos tribunaux n'abusent de l'abus du droit? Pour moi, j'ai plus de confiance dans leur impartiale neutralité que dans la passion des intéressés et je leur abandonne volontiers un pouvoir très grand d'appréciation (2). »

Le Code civil suisse étant trop récemment entré en vigueur, il n'y a pas de jurisprudence que nous pourrions examiner. Mais dans les ouvrages parus

1. Cité par Coroi, *loc. cit.*

2. *Bulletin sténographique de l'Assemblée fédérale suisse*, 1906, n° 49, p. 1039.

après la promulgation du Code sur le droit civil suisse, nous pensons qu'on a exagéré un peu les conséquences de l'article 2. Ainsi il y a quelques applications de cet article dans le manuel de MM. Virgile Rossel et F.-F.-H. Mentha (1) professeurs, le premier à Berne, l'autre à Neuchâtel, que nous hésitons d'approuver.

Ainsi, l'article 668 du Code civil suisse présume l'exactitude du plan en cas de contradiction entre les limites du plan et la démarcation sur le terrain. Rien n'empêche d'ailleurs de prouver que le plan est erroné, que la démarcation sur le terrain est conforme à la vérité. Mais MM. Rossel et Mentha pensent que même lorsque la démarcation sur le terrain est inexacte, il y aura abus du droit à prétendre la faire vérifier, lorsqu'elle aura subsisté telle qu'elle pendant de longues années (2). Nous croyons que cette application de la théorie de l'abus du droit est exagérée. Cette théorie servirait alors à faire acquérir la propriété, ce qui nous paraît un résultat inadmissible, par un espace de temps laissé à l'appréciation du juge, ce qui nous paraît confirmer les craintes de M. Martin.

De même, nos auteurs remplacent la prescription acquiescitive d'une servitude par la théorie de l'abus du droit : il leur semble que le propriétaire qui a laissé s'écouler

1. Lausanne, librairie Payot et C^{ie}.

2. P. 47.

vingt ou trente ans sans protestation, commet un abus manifeste du droit, lorsque, après ce long silence, il inquiète le propriétaire de la maison coupable d'empiétement (1). Nous ne prétendons pas que la théorie de l'abus du droit ne pourrait pas s'appliquer si, par exemple, on prouve que le propriétaire qui proteste contre l'empiétement n'a aucun intérêt à le faire et n'agit que par esprit de malveillance ; mais nous croyons que c'est une exagération de remplacer la théorie de la prescription acquisitive d'une servitude, qui répugne au système du Code suisse, avec la théorie de l'abus du droit.

Enfin, en matière d'usufruit, MM. Rossel et Mentha pensent qu'on peut forcer l'usufruitier à la substitution d'une rente équivalente à son usufruit, pour le motif que son refus serait un abus du droit (2). Nous ne pensons pas que cette manière de voir triomphe devant les tribunaux. Si l'on peut tenir à l'usufruitier ce langage : voilà l'équivalent de votre usufruit, vous commettez un abus de droit si vous ne l'acceptez pas ; pourquoi ne pourrait on dire à un propriétaire, dont on veut acheter la maison : voilà la valeur de votre maison, vous commettez un abus de droit si vous ne la vendez pas ! Pousser les conséquences d'une théorie à l'absurde c'est la combattre, non en faire une sage application. D'ailleurs

1. P. 54-55.

2. P. 129.

nos auteurs arrivent à cette conclusion pour améliorer la situation du nu-propriétaire. Mais quel avantage trouvera-t-il à exploiter lui-même le fonds et à servir une rente, dont le calcul d'après MM. Rossel et Mentha sera fait largement? Il ne gagnera rien à être l'administrateur des revenus qui doivent être versés à l'usufruitier. Voilà pourquoi nous croyons que cette application de la théorie de l'abus ne sera pas faite.

Il est à espérer que la jurisprudence suisse s'inspirera dans ses applications de l'article 2 de la jurisprudence française qui a créé cette théorie pénétrant tout le droit et qui l'a pliée aux besoins sociaux.

3° DROIT ROUMAIN

L'interprétation des articles 998 et 999 du Code civil roumain, qui correspondent aux articles 1382 et suivants du Code civil français et qui en sont la reproduction, a été dirigée par la maxime : « Qui suo jure utitur meminem lœdit (1). »

L'article 1734 du vieux Code Calimach décidait déjà que celui qui emploie son droit dans les limites légales n'est pas responsable pour le préjudice causé à autrui à cause

1. Alexandresco, *Dreptul civil Roumain*, t. V, p. 401. — Paucesco, *Tra-tatul Obligationilor* I. 393. — Cass., Dreptul, 1894, n° 19. 1888, n° 25. — Bulet. Cass., S. I. avril 1888, p. 204. — Bulet. S. I. avril 1887, p. 968-966. — Le Code Cf. Calimach, art. 1734.

de ce fait ». Mais ce principe comporte une double limitation.

En premier lieu, on applique l'adage « *Malitiis non est indulgendum* » toutes les fois que, malicieusement, une personne a exercé son droit pour nuire à autrui (1).

En second lieu on admet que la règle « ... *Neminem laedit* » cesse de s'appliquer lorsque l'exercice d'un droit lèse le droit d'autrui (2).

L'article 478 du Code Calimach s'exprimait ainsi : « Généralement l'exercice du droit de propriété n'est libre que tant que le droit d'un tiers n'est pas lésé ».

Nous trouvons encore l'idée d'abus du droit exprimée par le tribunal de Bacau (3) : « Quoique, dit-il, celui qui exerce un droit qui lui appartient n'est pas en principe responsable du préjudice causé par l'exercice de ce droit, toutefois l'irresponsabilité cesse quand, par l'exercice du droit, on lèse le droit d'autrui. »

Ainsi l'exercice d'une action en justice est abusif quand il est inspiré par la malveillance ou par une erreur grossière équivalante au dol.

Une autre décision judiciaire (4) affirme que l'exercice d'un droit est permis jusqu'à la limite d'une incom-

1. Alexandresco : *loc. cit.*, p. 403. — Paucesco, II, p. 395.

2. Alexandresco, 403. Cf. Bucarest Dreptul, 1890, n° 77. — Dreptul, 1895, n° 61. Trib. Jalomitza Dreptul, 1885, no 45. Trib. Muscel, 30 avrilie 1897, *Curierul judiciar din* 1897, n° 29.

3. N° 271/99. *Dr.*, 1899, p. 405.

4. Trib. Neamtz, n° 326, 1900. *Curier Jud.*, p. 606/902.

modité tolérable, et quand on ne peut imputer à l'agent ni méchanceté, ni esprit de chicane, ni désir de nuire à autrui.

« Toutes les fois, dit la Cour de cassation, si on peut constater qu'une personne a lésé par abus le droit d'autrui, elle doit être légalement obligée de réparer le préjudice causé » (1).

« Le principe de l'irresponsabilité de celui qui exerce un droit, dit la Cour de Bucarest, cesse d'avoir son application, lorsque, par cet exercice, on cause un préjudice à un tiers » (2).

Ainsi, le propriétaire a le droit de construire sur son terrain, mais il est obligé de prendre toutes les mesures pour ne pas déconsolider les murs voisins, sans quoi il est responsable des dommages causés. (3).

Nous croyons enfin utile de rappeler les dispositions de la loi du 28 décembre 1907 sur les justices de paix, relatives à la chicane. Pour empêcher les actions téméraires, pour écarter les moyens de défense vexatoires et décourager l'esprit de chicane, l'article 93 prévoit non seulement le remboursement de tous les dépens qu'a fait la partie gagnante, mais aussi une peine tant pour la partie qui échoue dans ses prétentions que pour l'avocat, dans le cas où ces prétentions seraient évidemment injustes.

1. Cass., n° 55/900. S. I, *Bul. Courtes de Cass.*, p. 134.

2. C. Buc. S. IV, n° 425/95. *Dreptul*, 1895, p. 509.

3. C. Appel Galat. S. I, *Curier Jud.*, p. 285/99

« Cette mesure, dit dans son exposé de motifs le ministre de la Justice (1), sera un avertissement pour ceux qui, avec mauvaise foi, intentent des actions sans autre but que pour molester ou intimider quelqu'un, et aussi pour ceux qui, se rendant compte de l'évidente injustice des prétentions d'une partie, les soutiennent et parfois même les suggèrent. »

4° DROIT ANGLAIS

La race anglo-saxonne est imprégnée d'un individualisme absolu. Les philosophes exaltent la loi de la concurrence vitale. Ses jurisconsultes voient dans les droits des « moyens d'action ». De telles idées ne se concilient pas avec la théorie de l'abus du droit.

« Il est impossible, dit Sir F. Pollok (2) de se livrer aux occupations ordinaires de la vie sans accomplir certains actes qui doivent nécessairement nuire à mes semblables, de telle sorte que le seul remède à cet état de chose serait l'inaction complète. » Cet auteur affirme même que le *Common law* admet l'intention de nuire.

Ces idées ont marqué leur influence dans les divers domaines du droit.

1. Voir l'édition officielle de la loi, Exposé des motifs, par le ministre de la Justice, M. Toma Stelian, p. 28 et 29

2. Fréd. Pollok, *The Law of torts*, 5^e édition, p. 146, cité par Adrien Gérard, *les Torts ou délits civils en droit anglais*, thèse de Rennes, 1910, p. 102.

Droit de propriété. — La Cour de l'Echiquier (1) décide que le propriétaire d'un fond peut creuser le sol autant qu'il lui plaît et puiser l'eau qui s'y trouve, même si cette opération a pour résultat, par suite des infiltrations naturelles, de mettre à sec le puits de son voisin; en ce cas, en effet, il y a *damnum sine injuria*.

Dans *Mayor of Bradford v. Pickles* (2), la Chambre des Lords déclare qu'il n'y a pas à tenir compte du motif qui détermine un propriétaire à faire de son fonds un usage préjudiciable pour autrui.

Lord Watson déclare qu'un usage du droit de propriété licite en soi, ne saurait devenir illicite parce qu'il a été motivé par l'intention de nuire.

Ces décisions sont diamétralement opposées à la notion de l'abus du droit.

Liberté contractuelle. — En cette matière, sir Pollok dit que la faculté de choisir quand, où, et avec qui on contracte est un droit dont l'exercice ne peut engendrer une responsabilité quelconque (3).

Action en justice. — L'exercice du droit d'agir en justice ne peut encore engendrer aucune responsabilité. Sir Pollok en donne comme raison la nécessité de mettre fin aux procès : « Si A. dit-il, pouvait

1. Arrêt de 1843, cité par Gérard, *loc. cit.*, p. 103.

2. 1895, cité par Gérard, *loc. cit.*, p. 104.

3. Pollok, *loc. cit.*, p. 153.

actionner B. parce que B. lui a intenté un procès vexatoire, et s'il ne réussissait pas à persuader les juges que la demande de B. était vexatoire, B. pourrait à son tour actionner A. pour abus de procès, et cela pourrait continuer indéfiniment » (1).

Mais, en dehors de cette considération pratique, les jurisconsultes anglais font une observation d'ordre général et théorique. Ils considèrent que celui qui combat pour le triomphe de son droit ne doit pas être découragé. Déjà le plaideur est soumis aux sacrifices d'argent et de temps commandés par la complexité de la procédure; il ne faut pas augmenter les difficultés qu'il éprouve à faire valoir son droit. En 1910, un magistrat (2) signalait l'abandon funeste des voies légales et la diminution des affaires. L'homme, disait Carlyle, ne veut pas l'injustice, c'est toujours pour quelque image, parfois trompeuse, de son droit qu'il combat. S'inspirant de cette pensée, les juristes anglais posent cette règle que « le fait d'introduire une action civile, même par esprit de malice, même sans aucun fondement raisonnable ni probable, ne saurait, dans l'état actuel du droit anglais, servir de fondement à une nouvelle demande pour abus de poursuite » (3).

1. Cité par M. Gérard, p. 310. Voir les autres citations faites par cet auteur.

2. Emden, dans *Nineteenth Century*, 1910.

3. Lord Justice Bowen, *L. J. Quartz Mining Gold Co. v. Ligne*, 1883, 11. 2. B. D., p. 690, cité par Gérard, *loc. cit.*, p. 186.

Cependant, le droit anglais lui-même n'est pas sans contenir quelques traces de l'idée d'abus du droit.

C'est ainsi que, lorsque le fait d'intenter des procès vexatoires devient une habitude, un Act de 1896 « Vexatious actions Act » permet à l'attorney général de demander à la Haute-Cour de défendre à la personne d'intenter désormais une action sans la permission de la cour.

En outre il y a des droits qu'on considère comme causés par leur but. Ainsi, le droit de dénonciation à la justice répressive peut dégénérer en abus, si le dénonciateur n'agit que par malice.

Même en matière d'action civile, l'abus est réprimé exceptionnellement lorsque cette action a un résultat très grave, comme la faillite ou la liquidation. Celui qui agit par méchanceté est condamné à des dommages-intérêts. Il en est de même de celui qui intervient dans une instance pour soutenir une partie litigieuse, alors qu'il n'y a aucun intérêt et qu'il ne cherche qu'à nuire à l'autre partie (1).

1. Cf. Adrien Gérard, *loc. cit.*, p. 161 et les autorités citées.

CHAPITRE IV

ANALYSE DE LA THÉORIE

1° CRITÉRIUM DE L'ABUS DU DROIT

La dernière tâche que nous impose l'étude descriptive de la théorie de l'abus de droit consiste à déterminer les contours précis de cette théorie à l'heure présente.

Nous avons vu cette conception se former en droit romain et dans l'ancien droit, se manifester implicitement dans certaines dispositions importantes du Code civil de 1804, se développer considérablement dans la jurisprudence moderne, s'affirmer législativement dans les codes récents.

Quel a été l'aboutissement de cette évolution ? Comment se présente aujourd'hui, dans la science juridique, la théorie de l'abus du droit ? Notre intention n'est pas d'analyser ici, à présent, les constructions doctrinales qui se sont efforcées de systématiser et de justifier la jurisprudence. Nous nous occuperons de toutes ces théories

dans la partie critique de notre thèse (1). Ici nous nous attacherons aux résultats qui traduisent exactement la pensée des tribunaux. Si les décisions judiciaires, envisagées dans leur ensemble, constituent la grande réalité juridique, les systèmes doctrinaux ne valent scientifiquement qu'autant qu'ils l'expriment exactement.

Pour parvenir à une connaissance précise de notre théorie, deux questions doivent être résolues : qu'est-ce que l'abus du droit ? Quelle est la sanction de l'abus du droit ?

La notion d'abus du droit a été admise par de nombreux auteurs (2). De plus en plus elle imprègne la mentalité juridique.

Les définitions qui ont été fournies de l'abus du droit présentent une assez grande variété. Leur trait commun

1. Deuxième partie, ch. II, p.

2. Notamment : Porcherot, *De l'abus du droit*, thèse de Dijon, 1901. — Bosc, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, thèse de Montpellier, 1901, p. 7 et suiv. — Charmonit, *L'Abus du droit*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 113, et suiv. — Salanson, *De l'abus du droit*, thèse de Paris, 1903. — Germette, *Essai sur les rapports de l'élément matériel et de l'élément intentionnel dans la responsabilité civile*, thèse de Paris, 1903. — Josserand, *De l'abus des droits*, thèse de Paris, 1906. — Saleilles, *De l'abus du droit*, rapport présenté à la première sous-commission de la Commission de révision du Code civil (*Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1905, p. 325 et suiv. — Hauriou, S. 1905.3 17. — Josserand, D. 1906. 2. 105. — Cezar-Bru et Morin, *Annales de la Faculté d'Aix*, avril-juin 1906. — Dobrovici, *De l'abus de droit*, thèse de Paris, 1909. — Mario Tedeschi, *L'Abuso del Diritto*. Turin, 1908. — Coroi, *la Teoria de l'abus du droit*. Genève, 1910. — Reynaud, *L'Abus du droit*, thèse de Paris, 1904.

est de reconnaître que l'exercice d'un droit peut engendrer une responsabilité. Toutes s'inspirent du principe de la relativité des droits.

Mais la divergence paraît lorsqu'il s'agit de distinguer exactement l'exercice abusif de l'exercice normal du droit.

Nous aurons l'occasion de constater cette divergence dans la partie critique quand nous examinerons les objections faites à notre théorie et les divers systèmes proposés pour l'expliquer. Elle est causée par le souci qu'ont les auteurs de trouver une formule unique qui pourrait satisfaire tous les cas d'abus de droit qui se présentent. Mais c'est une chose impossible. Théorie née des nécessités de la pratique, élargissant son domaine d'application à mesure que ces nécessités se multiplient, elle ne peut pas être enfermée dans une formule unique.

D'une étude attentive de la jurisprudence, on peut voir que celle-ci est conduite, dans l'application de notre théorie, par plusieurs critères, que nous pouvons formuler :

a) *L'abus du droit se caractérise par l'intention de nuire.* — C'est le critérium qui réunit le plus grand nombre des suffrages. L'intention de nuire est antisociale et, une fois prouvée, vicie l'acte qu'elle inspire et le transforme en acte illicite. La jurisprudence est unanime à appliquer ce critérium chaque fois que

l'intention de nuire accompagne l'exercice d'un droit. La doctrine, en très grande majorité, approuve les solutions jurisprudentielles et justifie le principe directeur. Nous trouvons des exemples classiques d'abus de droit caractérisé par l'intention de nuire à propos du droit de propriété et de l'exercice des actions en justice.

b) *L'abus du droit se caractérise par l'absence d'intérêt.* — Ce critérium trouvera rarement l'occasion d'être appliqué, parce que personne ne fait un acte sans avoir un intérêt quelconque. Mais très souvent on constatera l'absence d'intérêt pour en détruire l'intention malicieuse, et même en l'absence de l'intention malicieuse, on considérera l'acte fait sans intérêt comme abusif. Nous avons trouvé, en examinant la jurisprudence relative au droit de propriété, une application de cette théorie, nous avons aussi cherché à résoudre par le même principe les difficultés, qui ne manqueront pas de se multiplier, relatives à la propriété de l'espace atmosphérique. Enfin, dans les conflits qui s'élèvent entre une hypothèque générale et plusieurs hypothèques spéciales, nous avons vu que la jurisprudence introduit pour solutionner le litige la nécessité d'un intérêt, et veut empêcher la réalisation des dommages non nécessaires. Si dans la vie, le profit de l'un ne peut être réalisé sans le dommage de l'autre, il convient, comme on l'a remarqué très spirituellement, que cette formule

pessimiste ne soit pas dépassée et que le dommage de l'un ne soit pas sans profit pour personne.

c) *L'abus du droit se caractérise par l'absence des motifs légitimes.* — Ce critérium se confond presque avec le précédent. Mais il est plus large, plus compréhensif en ce qu'il demande, pour rendre non responsable l'auteur d'un acte préjudiciable, la présence d'un motif légitime, d'un but licite. La jurisprudence se sert de ce critérium pour constater et condamner l'acte abusif dans des matières très diverses. En matière de mandat, pour affirmer que l'exercice de droit de révocation est susceptible d'engager la responsabilité du mandataire qui en fait l'usage, sans motifs légitimes, « sans cause légitime », dit le tribunal de Commerce de Lyon (1); en matière de fiançailles pour condamner celui qui abandonne sa promesse sans motifs légitimes; en matière de résiliation de louage des services à durée indéterminée; en matière de grève.

d) *L'abus du droit se caractérise par le détournement du droit de son but.* — Ce critérium s'applique surtout aux droits à fondement altruiste, tel le droit du père, du tuteur, du mari. Ces personnes ont sur d'autres, à raison de leur âge ou de leur faiblesse, une puissance que la loi ne peut pas préciser dans tous les détails, mais qui a un but déterminé : l'éducation et le soin

1. 16 juin 1893. D. 1895. 2. 431.

dont a besoin la personne qui est sous puissance paternelle ou en tutelle, l'unité de direction dans le ménage et la protection dont a besoin la femme. Employer cette puissance dans un autre but, c'est détourner le droit de sa destination altruiste, c'est commettre un abus du droit. Nous avons rapproché cette notion de celle, très voisine, du détournement des pouvoirs en droit administratif, et nous avons signalé l'analogie frappante.

e) *L'abus du droit se caractérise par un usage anormal dont les inconvénients excèdent la limite tolérable.* — Nous avons vu plus haut et nous avons longuement discuté la jurisprudence sur les rapports de voisinage. C'est là que ce critérium trouve son application.

f) *L'abus du droit se caractérise par la lésion du droit d'autrui.* — Il y a des droits indéfinis, garantis par la loi seulement dans leur principe, sans que la loi en régleme l'application. Tel le droit d'exprimer sa pensée par l'écrit ou par la parole. L'abus du droit existe dès qu'on a lésé le droit d'autrui. Il y a des auteurs qui vont même jusqu'à dire qu'ils autoriseraient « celui dont on aurait indirectement publié la vie privée, à se plaindre et à réclamer la cessation de la publicité même s'il n'éprouve de ce fait aucun dommage, et par cela seul que cette publicité lui déplairait » (1).

1. Meynial. S. 1898. 1. 473.

Il y aurait quelque intérêt à concentrer ces formules variées en une formule unique, à chercher le critérium général qui s'appliquera à tous les cas d'abus du droit? Nous ne le pensons pas. Si nous trouvions une formule vague, nous ne gagnerions rien ; avec une formule trop précise, soit-elle exacte, nous risquerions de renfermer dans les limites trop précises cette théorie mouvante, qui pénètre tout le droit de l'esprit de l'équité.

2^o LA PREUVE DE L'ABUS DU DROIT

La question de la preuve de l'abus du droit est double. Il faut se demander d'abord qui devra faire la preuve, ensuite, sur quoi portera la preuve.

La preuve incombera au demandeur selon le principe : *actori incumbit onus probationis*. On présume l'exercice légitime d'un droit comme on présume la bonne foi. Il existe une situation dans le droit où le défendeur doit faire la preuve du motif légitime et où on présume chez lui l'intention illicite. C'est pour la cession des droits litigieux que l'article 1701 donne cette solution. Mais M. Josserand (1) explique que les conditions dans lesquelles la cession est intervenue, suffisent à le rendre suspecte et à faire présumer que le cessionnaire est un spéculateur impitoyable qui harcèlera sans merci le

1. *Loc. cit.*, p. 61.

débiteur. Cette solution ne peut pas être généralisée. Celui qui se plaint d'un abus du droit, doit faire la preuve de cet abus. Ainsi l'ouvrier congédié qui se prétend victime de l'abus du droit du patron, devra prouver l'absence de tout intérêt légitime de la part du patron (1). On a prétendu que la loi de 1890 a eu pour effet de renverser la preuve et de mettre à la charge du patron la preuve du motif légitime, remplaçant ainsi la résiliation arbitraire par la résiliation pour justes motifs (2). Cette opinion, qui s'explique par le désir de favoriser à tout prix la classe ouvrière, a pour conséquence d'établir la présomption de l'abus du droit, alors que, comme la bonne foi, l'exercice légitime et normal d'un droit se présume. Mais ne pourrait-on pas dire que la victime de l'abus du droit, obligée de prouver l'abus, c'est-à-dire la non-existence chez l'adversaire du motif légitime qui eût légitimé l'exercice de son droit, est dans une position si difficile, que cette obligation enlève à notre théorie son efficacité? Nous ne le pensons pas. Le demandeur prouvera l'intention malveillante, et quand cette intention manquera il prouvera l'existence de tel mobile illégitime.

D'ailleurs, comme le remarque M. Josserand (3), les

1. Cass. civ., 20 mars 1895 (3^e arrêt). D. 95.1.259. — Cass. req. 21 nov. 1893. D. 94.1.235.

2. Marc Desserteaux, *Rev. trim.*, 1906, p. 135.

3. *Loc. cit.*, p. 61.

rôles des deux plaideurs ne sont pas inexorablement tranchés par la règle: *actori incumbit probatio*. Les débats affecteront la forme d'un dialogue, le demandeur alléguant que son adversaire n'a agi que par malice ou par tel autre mobile non légitime, le défendeur alléguant un motif légitime auquel il a obéi. Le juge, spectateur impartial de ce duel, se formera la conviction.

Que devra-t-il prouver ? D'abord l'existence d'un préjudice à lui causé. Sans préjudice on ne peut pas se plaindre. La jurisprudence est unanime et nous renvoyons aux citations de jurisprudence faites plus haut.

Il devra prouver ensuite le fait même de l'abus du droit. Quelquefois cette preuve sera facile. Celui qui se plaint de l'abus d'un droit à fondement altruiste, n'aura qu'à prouver le mobile égoïste auquel a cédé l'auteur de l'acte abusif. Celui qui se plaint de l'exercice anormal du droit de propriété, n'aura qu'à prouver que la fumée est excessive, que le bruit qui trouble son repos est intolérable. Celui qui se plaint du tarissement de sa source par les travaux faits sur le fonds du voisin, démontrera l'inutilité des travaux qui lui ont causé le dommage. Mais, dans des cas plus difficiles, en quoi consistera la preuve ? D'après M. Saleilles, il devra prouver que l'intention malveillante a été l'unique motif de l'action de son adversaire. Pour le savant maître, l'abus du droit est l'acte « dont l'effet ne peut

être que de nuire à autrui, sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit ».

La même opinion est exprimée par M. le procureur général Ronjat : « L'usage d'un droit cesse d'être licite et engendre une action en dommages-intérêts, lorsqu'il a pour unique mobile la volonté de nuire à autrui » (1), et par M. Ferron (2) : « La connaissance du tort que l'on peut porter à autrui, le désir même qu'on peut avoir de nuire aux intérêts d'une autre personne, ne suffit pas pour constituer la faute subjective génératrice de responsabilité ; il faut encore prouver que l'intention de nuire est l'unique mobile de l'acte incriminé. »

Cette opinion trop excessive aurait pour résultat de supprimer les effets de la théorie de l'abus du droit, parce qu'il sera toujours possible au défendeur d'alléguer un motif quelconque de son action.

M. Sauzet (3) soutient que l'abus est suffisamment constaté par cela seul qu'on prouve que le défendeur avait agi en connaissance du préjudice causé. M. Charmont trouve qu'il faut prendre des précautions contre les dangers auxquels nous expose la théorie de l'abus du droit, et qu'il ne faut pas se contenter de la conscience du préjudice causé (4). M. Josserand (5) est du

1. S. 93. 1. 48.

2. Note S. 1905. 2. 17.

3. *Annales de droit commercial*, 1891, p. 106.

4. *Revue critique*, 1898, p. 144.

5. *Loc. cit.*, p. 63.

même avis, parce qu'il pense que la conscience du préjudice causé, loin de constituer une circonstance anormale, constitue la règle. Il n'y a qu'une seule situation où la conscience du préjudice causé est considérée par la jurisprudence comme constitutive d'abus : c'est le cas de l'abus du droit d'exprimer sa pensée par l'écrit ou par la parole. C'est parce qu'en cette circonstance, la simple lésion du droit d'autrui oblige à la réparation.

M. Mongin soutient une théorie intermédiaire (1). Pour lui l'abus du droit est suffisamment prouvé, quand le juge est convaincu que, parmi les raisons auxquelles l'auteur de l'acte a obéi, l'intention de nuire a été celle qui a prédominé sa détermination. C'est l'opinion à laquelle nous nous rallions.

3° LA SANCTION DE L'ABUS DU DROIT

Quelle est la nature de la réparation à laquelle pourra prétendre la victime de l'abus du droit ? Il n'est pas douteux qu'elle peut réclamer des dommages-intérêts. Mais a-t-elle droit, en outre, à une sanction en nature ? En d'autres termes, peut-elle demander aux juges de faire cesser l'état de choses qui constitue l'exercice abusif du droit ? Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement. Il importe que le dommage ne soit pas causé à

1. *Le Droit de congé et le louage de service* (Rev. crit., 1893, p. 347).

nouveau et que des mesures soient prises pour empêcher le retour préjudiciable.

Comme l'a très bien dit M. Josserand (1), il serait insupportable que le titulaire d'un droit pût émettre la prétention de le fausser indéfiniment, sauf, après chaque écart, à réparer le préjudice causé. Sa conduite rappellerait de trop près celle de ce riche Romain qui, pour vingt-cinq as par tête, souffletait les passants, en se faisant suivre d'un esclave qui dédommageait aussitôt les victimes auxquelles il comptait la rançon légitime. Nul ne saurait avoir un droit acquis à faire œuvre de malveillance et là où le juge français peut réprimer il a aussi le devoir, dans la mesure du possible, de prévenir le retour de l'injustice : mieux vaut conjurer le mal que de le laisser s'étendre, sauf ensuite à en tenter la guérison, toujours approximative.

Cet avis est partagé par M. Saleilles. Il est revenu à cet égard sur l'opinion qu'il avait exprimée dans sa théorie de l'obligation (2), où il soutenait que l'abus du droit ne comporte jamais que la sanction par équivalent, à la différence de l'excès du droit qui comporte la sanction en nature. Dans son rapport (3), il est partisan de la sanction en nature, et même il est partisan d'une

1. *Loc. cit.*, p. 66-67.

2. P. 373 en note.

3. P. 18.

sanction préventive, de l'opposition préalable à exécution.

M. Ripert critique cette doctrine de la réparation en nature. Pour lui cette sanction serait une sorte d'*integrum restitutio ab dolum*, qui ne serait pas fondé, parce que les actes abusifs ne sont pas dangereux et que l'activité malfaisante, sans autre but de profit personnel, s'exerce rarement. « Supprimer, dit M. Ripert (1), dans la mesure du possible les effets de l'acte accompli. en prévenir au besoin la réalisation, c'est déclarer que l'acte accompli est illicite, c'est laisser le juge maître absolu de la délimitation des droits, libre de restreindre les prérogatives légalement conférées au titulaire. C'est aller à l'encontre même du but que se propose le législateur en conférant des droits: permettre d'exercer son activité sous certaines limites. »

Cette opinion est isolée. La jurisprudence accorde, lorsque cela est possible, la réparation en nature. La doctrine l'approuve (2).

La Cour de Colmar, dans son arrêt précité du 2 mai 1855, a ordonné la démolition de la fausse cheminée construite méchamment ; le tribunal de Montbrison (3) a ordonné

1. *Revue critique*, 1906, p. 364.

2. V. Charmont (*Rev. trim.*, 1902, p. 117). Il laisse aux juges le soin d'apprécier si la sanction en nature est nécessaire pour prévenir le retour de l'injustice.

3. Infirmé par la Cour de Lyon, qui n'admet pas la sanction en nature. D. 1856. 1. 199).

que le propriétaire, auteur de l'abus, ne garderait à sa pompe que deux robinets et qu'il exécuterait divers travaux destinés à prévenir le retour du préjudice ; la Cour de Paris a refusé l'annulation d'un acte passé par la femme mariée sans autorisation, parce que le mari poursuivait abusivement cette annulation (1) ; la saisie des articles incriminés et l'insertion de la réponse dans les journaux sont encore des exemples de sanction en nature de l'abus du droit d'exprimer sa pensée ; la réduction d'une saisie abusive et vexatoire, la déchéance de la puissance paternelle pour exercice abusif, voilà encore des exemples de la sanction en nature. M. Saleilles en donne un autre : le locataire, en danger de mort, qui se voit expulsé de l'immeuble au jour de l'échéance du terme, peut se faire maintenir par la voie du référé.

Sans doute, il y a des cas où cette sanction n'apparaît pas possible. C'est ainsi, par exemple, qu'on ne peut penser à imposer au patron qui a abusé de son droit de résiliation la réintégration de l'ouvrier congédié : *Nemo pœcise ad factum cogi potest*.

Quant à l'opinion de M. Saleilles, qui croit qu'il serait juste que l'abus de droit soit réprimé sur le terrain de la prévention et de la préparation (2) pour l'empêcher

1. Paris, 5 janv. 1904 (la Loi du 17 mars 1904).

2. Rapport, p. 13.

de se commettre, nous croyons qu'elle est trop excessive. Cette voie est employée en droit pénal pour prévenir ce qui deviendrait un délit pénal, mais nous n'admettons pas son emploi en droit civil. Nous ne concevons pas l'intervention de la justice en matière de délit civil, qu'une fois le préjudice causé pour réparer ce préjudice et prévenir le retour possible.

Dans le même ordre d'idées nous examinerons la question suivante : qui pourra se plaindre de l'exercice abusif d'un droit ?

La question peut paraître oiseuse et la réponse facile : celui qui a souffert le dommage, et la réparation sera entière tant du dommage direct qu'indirect, parce que les articles 1382 et 1383 ne font pas la restriction de l'article 1451.

Mais que décider de ceux qui souffrent indirectement du dommage ? La Cour d'Agen, dans un arrêt du 23 mai 1892 (1) a fait dans une hypothèse de responsabilité, à propos de l'action des personnes subissant un préjudice par la mort de quelqu'un causée par une faute, une distinction que nous trouvons intéressante à signaler : « S'il est vrai, dit la cour, que l'action de l'article 1382 du Code civil soit ouverte à quiconque, héritier ou non de la victime, a souffert des suites de l'accident arrivé à celle-ci, c'est à condition d'établir qu'il éprouve réellement un dommage, et l'action n'est rece-

1. S. 94. 2. 62.

vable de sa part, dans ce cas, que s'il est lésé dans un droit acquis, et s'il souffre un préjudice personnel et direct; par suite, les inconvénients signalés ne sont pas à craindre et l'action ne saurait s'étendre indéfiniment, et appartenir par exemple aux fournisseurs, aux serveurs du défunt, ou à tous ceux qui profitaient d'une manière quelconque de ses libéralités, de ses prodigalités ou de sa bienfaisance. » Pour appliquer cette solution à l'abus du droit, raisonnons sur une espèce : une grève a été déclarée, mais en raison des motifs qui l'ont inspirée elle est abusive. L'acte est licite en lui-même, il ne devient illicite que par l'intention malveillante de celui qui l'exerce. L'action en dommage n'est ouverte qu'à celui vis-à-vis de qui on a manifesté cette intention malveillante. A l'égard des tiers qui ont souffert indirectement à la suite de cet acte, celui qui a abusé de son droit n'est pas responsable, parce que, en face d'eux, l'acte, n'étant que l'exercice d'un droit, non dégénéré en abus par aucune intention malveillante, est licite (1). Les fournisseurs, les consommateurs n'auront donc pas d'action, parce que s'ils souffrent un dommage, l'acte qui est la cause de ce dommage n'est pas vis-à-vis d'eux illicite.

C'est donc à juste titre que M. Albert Wahl critique,

1. V. article de M. Albert Wahl, *De la responsabilité civile en matière de grève* (Rev. trimestrielle, 1908).

dans l'article précité, le jugement du 9 septembre 1908, qui reconnaît légitime l'action en dommage intentée contre les auteurs de la grève des électriciens par les artistes d'un café-concert. D'après M. Wahl, le préjudice que ces artistes avaient souffert n'était qu'indirect, le lien entre la faute et le préjudice n'existait pas.

« Le rédacteur du jugement n'a pas songé, dit M. Wahl (1), qu'à supposer que la solution soit juste, il faudra également accueillir la demande en dommages-intérêts formée non seulement par les entrepreneurs de cafés-concerts auxquels l'électricité a fait défaut, mais par leurs fournisseurs de boisson, par les ouvriers de ces derniers, par les cochers qui auraient ramené les spectateurs à leur domicile, et par beaucoup d'autres. Le juge de paix lui-même, sans s'en rendre compte, montre jusqu'à quelles conséquences absurdes conduit sa théorie lorsqu'il reproche aux auteurs de la grève des électriciens de « bouleverser la vie économique » d'une grande cité ». Tous ceux dont la vie se trouve bouleversée auront, dans sa théorie, droit à des dommages-intérêts ».

1. Art. précité, p. 656.

DEUXIÈME PARTIE

CRITIQUE DE LA THÉORIE

Le mot « critique », que nous employons ici, n'implique en lui-même aucune désapréciation de la théorie que nous venons de décrire. Il signifie seulement que nous allons désormais rechercher si la conception de l'abus du droit peut, théoriquement et pratiquement, se justifier.

Cette conception est-elle conforme à l'évolution générale du droit? Est-elle cohérente avec les principes généraux du droit tels qu'ils sont compris à notre époque? Est-elle logique en elle-même et susceptible de conséquences heureuses?

Telles sont les questions auxquelles il nous faut répondre,

Si nous parvenons à montrer que la théorie de l'abus du droit est l'expression même du mouvement de socialisation auquel obéissent sans cesse les institutions juridiques, qu'elle cadre parfaitement avec l'évolution contemporaine de la théorie générale de la responsabilité,

si nous arrivons enfin à dissiper les objections d'ordre théorique et pratique dont elle a été l'objet, nous pourrions la considérer comme justifié et opportune en tout point.

Tel est le travail auquel nous allons nous livrer dans les chapitres suivants. Il va nous introduire en pleine philosophie du droit. Et nous verrons que ce sont les destinées mêmes du droit qui se jouent sur la légitimité de la notion d'abus. « Il s'agit de savoir, dirons-nous avec M. Josserand (1), si le droit est susceptible, par une interprétation outrancière et draconienne, d'abriter indéfiniment l'injustice, ou s'il ne doit pas se vivifier, s'humaniser profondément au souffle de l'équité, de telle sorte que le *summum jus* devienne effectivement la *summa injuria*. »

1. *Loc. cit.*, p. 6.

CHAPITRE PREMIER

LA SOCIALISATION DU DROIT

DÉFINITION

L'expression « socialisation du droit » présente un caractère d'assez grande imprécision.

Néanmoins deux sens principaux lui ont été attachés. Et à ces deux groupes d'idées correspondent des faits d'expérience certaine.

En premier lieu on entend par socialisation du droit la tendance constante du droit à prendre sous sa protection et à faire bénéficier de ses règles un plus grand nombre d'individus. C'était le point de vue auquel se plaçait Tarde, Les formules du droit, loin d'être définitives et immuables, sont toujours en voie de modification et d'amélioration. « Le droit, dit M. Labbé (1), a un idéal qui, de degré en degré, se réalise. Cet idéal, but constant de nos efforts, nous attire et nous dirige.

1. Préface de la première édition des *Institutions juridiques des Romains* de M. Cuq.

Le but du droit est de consacrer d'une façon de plus en plus parfaite les droits inhérents à la nature de l'homme, la liberté des actes licites compatibles avec l'ordre social, l'égalité juridique des conditions et des aptitudes. »

Mais qu'est-ce qui justifie cette tendance constante du droit de s'élargir ? L'explication nous est donnée par la conception de solidarité qui nous conduit elle-même à la socialisation.

Dans un autre sens, on prend le terme de socialisation du droit comme l'expression, dans le domaine du droit, de l'idée et du fait de la solidarité. C'est à dessein que nous disons : l'idée et le fait. La solidarité n'est pas, en effet, une simple idée donnant une base sentimentale à la notion de justice. Elle est aussi un fait : celui de la dépendance étroite dans laquelle les hommes se trouvent, les uns vis-à-vis des autres, et à de multiples points de vue. Sous chacun de ces deux aspects, la solidarité mérite de nous retenir quelques instants.

Envisageons d'abord la solidarité en tant qu'idée. Il est bon que les sentiments de pitié et d'humanité entrent dans la notion de justice. « Certaines lois, dit M. Boutroux (1), visiblement fondées sur des sentiments, sont unanimement appréciées et admirées. » Sans doute, la protection sentimentale des classes ouvrières ne fera

1. Cité par M. Tissier, *Livre du Centenaire*, p. 93.

pas cesser la lutte pour l'existence qui est un fait permanent et indestructible (1), mais elle rendra plus justes et plus humaines les conditions de cette lutte. Il ne faudrait pas non plus que la protection des faibles annihilât les individualités fortes. Il est nécessaire qu'il y ait pour l'individu un minimum de liberté : l'individu et la société se développent parallèlement et se soutiennent réciproquement (2). Mais ce minimum de liberté étant réservé, il est bon de limiter dans une certaine mesure l'activité du puissant ; cette limitation élargit

1. « Faire disparaître la lutte et l'action individuelle est une impossibilité et une illusion, dit M. Palante (*Précis de sociologie*, p. 62). Il faut affirmer l'éternité de l'élément lutte. Une société parfaitement homogène s'évanouirait dans l'insipide amorphisme grégaire. »

2. Nous n'irons pas jusqu'à dire, avec Nietzsche (*Par delà le Bien et le Mal*, § 23), que « les penchants qu'on appelle mauvais et antisociaux sont des tendances essentielles à la vie, qu'ils sont quelque chose qui, dans l'économie générale de la vie, doit exister profondément, essentiellement par conséquent quelque chose qui doit être renforcé si l'on veut renforcer la vie ». C'est, à notre avis, un paradoxe insoutenable que de dire que le mal a son utilité sociale. Mais, du moins, nous pouvons affirmer qu'il faut à l'individu un minimum d'activité libre, même audacieusement développée.

« Les hommes, dit M. Planiol (*Droit civil*, t. II, n° 871), à propos de la théorie de l'abus du droit, passent leur vie à se nuire les uns aux autres ; la vie des sociétés est une lutte perpétuelle et universelle ; toute action, tout travail est un fait de concurrence économique ou sociale ; tout homme, toute nation qui acquiert une supériorité dans une branche quelconque de son activité en supprime d'autres, évince ses concurrents, leur nuit, et c'est son droit de leur nuire. Telle est la loi de la nature et l'humanité n'a pas d'intérêt à s'y soustraire parce qu'elle est le seul stimulant de son énergie. Il est manifestement impossible d'obliger celui qui triomphe aux dépens d'autrui à indemniser ses concurrents malheureux ».

l'activité du faible. A cet égard, la socialisation du droit procure une expansion de l'individualité et mérite le nom d'individualisme démocratique, si nous pouvons employer une expression de M. Palante (1). Et nous voyons ici se confirmer la loi du passage de l'unilatéral au réciproque mise en lumière par Tarde; en effet, c'est bien à la substitution de l'individualisme démocratique à l'individualisme aristocratique que nous assistons.

Mais, nous l'avons dit, la solidarité n'est pas seulement une idée et un facteur sentimental. Elle présente aussi un aspect positif. Elle est un fait qu'il est au pouvoir de tous de constater. Les hommes, à mille points de vue, dépendent les uns des autres; chacun a besoin de tous et tous ont besoin de chacun. Loin d'être une juxtaposition d'individualités indépendantes, fermées les unes aux autres, la société apparaît au contraire comme un échange continu de services. Le droit qui règle la vie sociale doit tenir compte de ce fait primordial de la solidarité. Puisque chacun collabore au bien général et que la société peut être envisagée comme une protection mutuelle des hommes les uns par les autres, le droit doit être fait, non pour quelques-uns, non pour une classe privilégiée, mais pour tous les membres de la société. Les faibles aussi doivent être juridiquement protégés.

1. G. Palante, *Précis de Sociologie*, 1906, p. 182.

Ainsi, nous le voyons, l'aspect général de la solidarité aboutit au même résultat que son aspect sentimental. En outre, le second sens de l'expression socialisation du droit coïncide avec le premier. On aboutit toujours à faire entrer un plus grand nombre d'individus dans le domaine protecteur du droit. Dans sa première acception, le mot socialisation indique seulement le fait de l'élargissement du droit. Dans sa deuxième acception, ce mot nous fournit une justification, à la fois sentimentale, rationnelle et positive, de l'élargissement du droit.

Après avoir défini la socialisation du droit, voyons-la s'opérer dans l'histoire et à l'époque moderne.

LA SOCIALISATION DU DROIT DANS L'HISTOIRE

Si l'expression « socialisation du droit » est récente, le fait qu'elle désigne est très ancien.

« Une belle, une admirable progression qu'on a pris la peine de remarquer, dit M. Tarde (1), et qui accompagne néanmoins toutes les évolutions juridiques, c'est l'élargissement continu des relations de droit. D'abord restreintes au groupe étroit et serré des parents, qui s'est agrandi, tant qu'il a pu, par l'adoption, par la

1. *Les Transformations du droit*, p. 59.

légende, s'annexant toutes sortes de parents fictifs ou imaginaires, elles se sont étendues ensuite, soit par le contrat féodal, soit par le contrat d'associations corporatives. au cercle plus vaste des voisins, des confrères, des concitoyens locaux, plus tard par l'idée de patrie à des millions de compatriotes et par l'idée de chrétienté, d'islam, de communauté religieuse quelconque, à des centaines de millions d'étrangers, enfin par l'idée d'humanité, de droit des gens, de droit naturel, à tous les hommes. Et, en même temps qu'il s'étend de la sorte, le champ juridique se creuse de plus en plus par l'admission successive de couches de plus en plus basses du groupe social, de la femme, du plébéen, de l'esclave, dans la grande Église du droit. »

Nous pouvons montrer l'exactitude de ces vues profondes par une étude de l'histoire entière du droit.

Qu'il nous suffise de faire appel à l'illustre exemple que nous fournit l'évolution du droit romain.

Une transformation incessante éloigne petit à petit la famille et la cité romaine de leur point de départ pour les approcher d'une forme sociale plus large et meilleure (1).

La famille s'élargit en même temps que la cité. A l'origine la famille excluait les clients et les plébéiens ; la cité primitive n'était qu'une association de familles,

1. Cf. Fustel de Coulanges, *Cité antique*, p. 271.

et le droit n'existait que pour les membres de la cité (1).

La plèbe n'a pas de famille : *gentem non habet* ; pour elle pas d'ancêtres, pas de père reconnu par la loi, pas de culte. Elle ne peut pas fonder un foyer, car le mariage a, au début, un caractère sacré. Aussi dit-on, en parlant des plébéiens : *conubia promiscua habent more ferarum*. Les plébéiens n'ont, en fait de *patria potestas*, que celle que donne l'affection naturelle ; ils n'ont pas de propriété parce qu'ils ne sont pas citoyens ; ils n'ont pas de justice parce que la procédure est un ensemble de rites sacrés et qu'ils n'ont pas de religion. Le client a, du moins, le bénéfice du droit par l'intermédiaire de son patron. Pour le plébéien, aucune loi n'existe, aucune loi ne le protège (2).

Une série de révolutions et d'évolutions vont élargir la sphère du droit.

Le premier phénomène important fut l'affaiblissement de la gens. L'électivité de la magistrature amène la rivalité des chefs de gentes et l'importance des classes populaires. Les clients, dont le nombre augmente sans cesse par suite des conquêtes romaines, deviennent des plébéiens (3). Désormais ils n'ont plus de patrons pour se

1. Au dire d'Aristote (*Politique*, V, 5), il existait un état de droit plus primitif encore dans lequel le fils n'était pas considéré comme citoyen tant que son père vivait. Le père mort, c'est le fils aîné qui avait les droits civils.

2. Denys (IV, 43) dit que c'est seulement le sixième roi de Rome qui fit des lois pour les plébéiens.

3. Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, I, p. 12,

défendre en justice ; ils sont des parias, sans droit et sans dieux (1).

La plèbe entra dans la cité en s'enrichissant.

Le développement du commerce et de l'industrie fit naître la richesse mobilière qui n'était pas *mancipi*, qui se transmettait sans formalités et sur laquelle la religion n'avait pas mis son empreinte. Les plébéiens enrichis formèrent une aristocratie spéciale. L'organisation des comices et de l'armée, qui agrandit l'influence de la ploutocratie, la création d'une religion plébéienne, des dieux de la démocratie, comme les nomme Fustel de Coulanges, conféra à la plèbe une dignité qu'elle n'avait pu connaître jusqu'alors.

La plèbe ne put plus se résigner à demeurer en dehors du droit. Elle émigra sur le Mont Sacré (2). Mais cette retraite ne fit pas l'affaire des patriciens. On fit un pacte — *fœdere icto cum plebe* — par lequel la plèbe qui n'est pas admise dans la cité, commence à avoir des magistrats : *concessum est ut plebi sui magistratus essent*.

La création des tribuns de la plèbe fut la première étape.

1. Fustel de Coulanges, *loc. cit.*, p. 320. Cette confusion de la plèbe et de la clientèle devint à peu près complète en 372.

2. Denys leur attribue ce langage : « Pour nous Rome n'est pas une patrie. Nous n'avons pas de lois ; nous n'avons pas de sacrifices, nous quittons une cité étrangère. Là où nous trouverons la liberté, là sera notre patrie. »

Enhardis, les plébéiens demandent l'égalité civile. Durant huit années, la république romaine est remplie des résistances des patriciens, des insinances des plébéiens. La promulgation des Douze Tables consacra la victoire à ceux-ci. L'œuvre des Décemvirs affirme un droit applicable à tous les membres de la cité sans distinction de classe (1). L'égalité civile est née.

D'autre part, le *jus gentium* élargit le domaine du droit. Ce fut un droit nouveau, ouvert à tout homme libre, citoyen romain ou pérégrin, débarrassé de formalisme et fondé sur l'équité naturelle. Sanctionné d'abord par le blâme du censeur, il le fut bientôt par les actions de bonne foi (2). Le droit romain tend à devenir le droit universel de l'humanité, alors qu'il n'était à l'origine que le droit d'une cité (3).

Les esclaves demeurent en dehors du droit. Ils n'ont pas de famille ; leur mariage est un simple état de fait (*contubernium*). Ils n'ont pas de personnalité juridique ; ils sont des *res*. S'ils sont insultés, battus, ils n'ont pas à se plaindre, c'est au maître que ce droit appartient comme s'il s'agissait d'un animal blessé ou d'une chose brisée (4). Cependant, le droit humanisé de l'époque

1. Cuq, *loc. cit.*, p. 35.

2. Cuq, *loc. cit.*, p. 169.

3. Labbé sur Ortolan, IV.

4. Girard, 4^e édition, p. 92.

classique reconnu aux esclaves quelques droits. Le droit naturel leur est déclaré applicable (1).

En dehors de cette affirmation de principes, certaines dispositions protectrices sont édictées en leur faveur. Les esclaves pourront avoir un tombeau, un pécule qu'ils emploieront au commerce et dont ils disposeront par un simulacre de testament (2). Ils pourront se plaindre contre leurs maîtres par la voie de la procédure extraordinaire. Ce mouvement de protection fut développé par le christianisme (3). Constantin punit de la perte du droit de propriété le propriétaire qui abandonne son esclave. Justinien fit de la cognition *servilis* un fondement du droit successoral, du moins après l'affranchissement.

L'interprétation même des grands jurisconsultes de l'époque classique anima le droit d'un esprit nouveau et brisa les cadres trop étroits de la loi (4).

1. *Quod ad jus naturale attinet omnes homines æquales sunt.* Ulpien. D. 50, 17 et de *Reg. jur.*, 32.

2. Pline, ép., 80, 4.

3. Girard, p. 98. — P. Allard, *les Esclaves chrétiens*.

4. « Le droit devient, dit M. Cuq (11, 16), plus souple quant aux modes de formation des rapports de droit, moins fermé quant aux personnes admises à l'invoquer, plus général quant à ses règles qui doivent s'approprier aux besoins des peuples de civilisation et de race très différentes. »

LA SOCIALISATION DU DROIT A L'ÉPOQUE MODERNE

Lorsque Bonaparte conçut le projet d'unifier la législation, trois courants d'idées dominaient alors en France (1).

1^o La doctrine philosophique du droit naturel, intimement liée à celle du droit individuel, dont le point de départ est que l'homme apporte en naissant des droits inhérents à son individualité et dérivant de la liberté ;

2^o La doctrine politique de la démocratie comprise comme régime de l'égalité de tous dans la sphère du droit ;

3^o La doctrine juridique de la souveraineté de la loi, traduction de la volonté collective, dont l'interprète ne doit pas s'éloigner.

Cristallisation de ces principes, le Code civil a longtemps été considéré comme une législation parfaite et absolument conforme à l'idéal démocratique (2). Cette

1. Albert Sorel, *Livre du Centenaire*, t. I. Introduction : le Code civil. — Saleilles, *le Code civil et la méthode historique* (*Livre du Centenaire*, t. I, p. 99 et s.).

2. Thiéret (*Revue de législation*, t. XXXV, p. 281) considère que le Code a laissé peu de chose à faire aux générations suivantes pour l'affranchissement de l'homme et qu'il est une identification avec les principes démocratiques de la Révolution. — Troplong (*Mémoires lus à l'Académie des Sciences morales et politiques en 1848 et 1850*) emploie un langage

admiration est tombée aujourd'hui, les auteurs contemporains s'attaquent à son caractère individualiste (1).

C'est son indifférence à l'égard des classes ouvrières qui motiva les premières critiques (2). Le Code a été le triomphe de la classe bourgeoise (3). Ce fait est constaté non seulement par des écrivains appartenant à l'école socialiste, mais par des jurisconsultes pondérés. Dès 1837, Rossi, dans un mémoire lu à l'Académie des Sciences morales et politiques, reconnaissait que « le corps social et la loi ne paraissent plus exactement fait l'un pour l'autre ». Wolowski écrivait que le Code a été

semblable. — Benek (*Revue de législation*, t. XLVI, p. 47) considère le Code comme une œuvre sincèrement démocratique.

Un semblable enthousiasme se remarque chez les historiens : Thiers, *Histoire du Consulat et de l'Empire*. — Edgard Quinet, *la Révolution*, t. II, p. 314.

1. M. Ludwig Stein (*la Question sociale au point de vue philosophique*, 1900, p. 303) prétend que le Code civil présente un caractère de socialisation et qu'il efface l'individu derrière l'intérêt public. C'est une appréciation isolée.

2. Voir Tissier, *Livre du Centenaire*, p. 8c. — Charmont, *le Droit et l'esprit démocratique*, p. 53.

3. Andler (préface du droit ou produit intégral du travail d'Antol Menger, p. 5) s'exprime ainsi : « Il suffit d'analyser la forme de nos contrats et d'énumérer les droits que la loi protège, à côté de ceux qu'elle laisse sans garantie, pour s'apercevoir qu'il y a des classes qui oppriment et des classes opprimées. On oublie cela dans le calme apparent des relations juridiques d'aujourd'hui. L'habitude fait que les vaincus ne sentent plus la meurtrissure du lien qui les garrotte. Mais c'est un cliquetis de chaînes qui sort de tout l'appareil de notre justice. »

Pour Karl Max (*Lutte des classes en France*, trad. Remy, p. 352), le Code n'est que le Code de la saisie, de la subhastation, de la licitation forcée : c'est une conception stratégique destinée à faire plus durable le succès du vainqueur, à obtenir la résignation du vaincu.

rédigé à une époque où il s'agissait plutôt de formuler les conquêtes du passé que de préparer les améliorations de l'avenir (1).

L'opportunité de la socialisation du droit était proclamée sous la Monarchie de Juillet (2) dans les discours des chefs du parti républicain démocratique, Armand Marrat, Ledru-Rollin, Lamartine. Sous le second Empire l'intervention de l'État est considérée comme nécessaire à la réalisation de la justice.

Actuellement il n'est pas douteux pour aucun esprit réfléchi que le Code civil, expression d'un état social qui venait de s'établir et qui était caractérisé par la suprématie des classes moyennes et l'individualisme bourgeois, ne traduit plus l'état social nouveau. « Le Code, dit M. Picard (3) est la protection des biens acquis, l'épopée bourgeoise du droit privé ». Ce code, dit encore M. Charmont (4) est « le code du patron, du

1. *Revue de législation*, t. VI, p. 247.

2. L'affranchissement de la femme mariée, dit M. Tissier (*loc. cit.*, p. 80), la réforme du régime successoral, les abus de la libre concurrence et l'absence d'organisation du travail, les dangers de la liberté des contrats s'exerçant sans contrôle et sans protection pour les salariés, la nécessité de l'intervention de la loi pour mettre dans le droit privé un esprit nouveau de justice et de solidarité, toutes ces idées et toutes ces formules si actuelles et que nous sommes tentés de rattacher à un mouvement tout récent, étaient déjà soutenues et développées sous la Restauration et sous la Monarchie de Juillet.

3. *L'évolution historique du droit civil français*, 1898, p. 68.

4. *Loc. cit.*, p. 64, Cf. Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, 1904, p. 120 : « Le Code a été, dans le domaine de la vie juri-

créancier, du propriétaire ». « Mais où se trouvait le droit des travailleurs, s'écriait M. Glasson (1) ? on l'aurait en vain cherché dans le Code civil. Une nouvelle législation s'imposait. On s'est mis à la tâche, tâche particulièrement lourde et difficile. Dans la lutte pour la vie, l'enjeu n'a jamais été aussi formidable ; il y va de la fortune publique, de la liberté des citoyens, du progrès de l'humanité. Il nous faut un second Code ».

Le droit a suivi l'évolution générale. Individualiste en 1804, il s'est socialisé. Et c'est à ce travail de transformation que nous assistons aujourd'hui.

S'il est vrai que les idées gouvernent les faits, il n'est pas moins vrai que les idées se forment et se modifient sous l'influence des faits. C'est pourquoi les trois conceptions qui dominaient à l'époque de la rédaction du Code civil se sont peu à peu effritées et ont cédé la place à d'autres.

A la doctrine du droit naturel et individuel, des droits inhérents à la personnalité humaine et dérivant la liberté, s'est substituée la doctrine féconde de la solidarité. La vie sociale n'est pas un archipel, dont chaque île aurait son Robinson. Il existe entre les hommes des

dique, l'expression parfaitement adaptée d'un état social qui bientôt ne sera plus, mais qui venait de triompher. »

1. Discours de M. le Doyen Glasson à la Sorbonne le samedi 29 octobre 1904 à l'occasion du centenaire du Code civil, *Revue critique* 1904, p. 542.

rapports étroits et de toute nature. C'est ce qu'on appelle l'interdépendance sociale. Au-dessus de l'individu s'élève la société. La nécessité sociale exige une restriction des libertés individuelles. « L'idée de la justice, dit M. Bourgeois (1) est beaucoup plus étendue, beaucoup plus complexe qu'on ne l'a cru jusqu'ici. Il y a plus d'obligations qu'on ne croyait, des dettes qu'on ne connaissait pas et qu'il faut payer. » On a donné à cette philosophie une forme juridique en disant que l'homme, par le fait même qu'il arrive dans la société et qu'il profite de ses bienfaits, s'engage dans les liens d'un quasi-contrat (2). Ainsi s'est formée et a pénétré dans les mœurs et dans la mentalité collective l'idée du droit qui, loin d'être la consécration des privilèges d'un certain nombre, serait « la faculté égale pour tous les individus de la société de vivre et d'agir » (3).

Au dogme de l'égalité des droits conçue d'une manière théorique et de la démocratie politique s'est substituée la notion d'une égalité réelle des droits et de la démocratie sociale. En d'autres termes, il faut assurer à l'homme un minimum de vie matérielle, intellectuelle et morale (4). Il ne s'agit nullement d'absorber

1. *Essai d'une philosophie de la solidarité*, p. 60.

2. On a même émis l'idée du contrat. Un contrat naturel, dit M. Bouteux (*Rôle de l'idée de solidarité*, p. 380) par lequel les individus s'engagent à répartir entre eux selon la justice, les risques et les avantages sociaux.

3. Léon, *Fondement rationnel de la solidarité*, p. 251.

4. Saleilles, *loc. cit.*, p. 117.

l'individu dans l'État, mais de faire défendre et de protéger l'individu dans l'État (1). C'est à l'État, qui est l'élément rationnel de la société, de rétablir l'équilibre entre les inégalités réelles injustifiées. La conception du droit social apparaît ainsi comme une extension du droit individuel, puisqu'elle tend à donner l'usage de la liberté à tous les individus. Désormais, il y aura des devoirs à côté des droits, et au lieu d'accorder tout aux uns, rien aux autres, la victoire n'appartiendra plus aux forts qu'à la condition qu'ils viennent en aide aux plus faibles.

Enfin la doctrine de la souveraineté de la loi a été remplacée, comme règle de l'interprétation juridique, par une conception reconnaissant au juge un très large pouvoir d'appréciation et d'adaptation. Le juge peut même se dispenser de chercher dans un texte obscur la volonté du législateur ; il peut se décider d'après certains principes de raison et d'équité. Il est la voix de la conscience sociale.

Nous n'insisterons pas sur les conséquences de ces idées nouvelles. On avait cru que la libre concurrence devait produire des richesses suffisantes pour rendre heureuse toute la collectivité. On s'aperçut que son effet

1. Il faut « par le principe de la collectivité prêtant aide et assistance mutuelle aux fidèles de la liberté pour la défendre par en haut contre ceux qui en abusent, et la développer par en bas chez ceux qui n'ont pas assez de ressources pour en user » (Saleilles, *loc. cit.*).

était, au contraire, de supprimer toute garantie pour les faibles (1). Nous n'énumérerons pas toutes les réformes réalisées dans le domaine de la législation ouvrière, de la propriété, des droits de famille, de l'émancipation économique de la femme mariée. Un droit nouveau s'établit derrière la façade du Code civil, « apparence vaine et trompeuse, dit M. Leroy (2), dissimulant la ruine de l'édifice dont on avait affirmé jadis la durée éternelle ».

C'est l'ensemble de ces tendances nouvelles dont l'objet est de faire du droit, non le bénéfice d'une classe sociale, mais le bien de tous, qu'on appelle la socialisation du droit.

On voit que la notion de l'abus du droit découle très naturellement de ces tendances générales. Si, en effet, le droit doit remplir une fonction essentiellement sociale, celui qui le détourne de sa destination commet un abus. Ce sont là deux idées corrélatives. Le titulaire d'un droit quelconque doit en user socialement.

De ce point de vue, la notion d'abus du droit se trouve admirablement justifiée.

1. Vivante, *Pénétration du socialisme dans le droit privé*. Traduction française dans *Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale*, 1913, p. 33 et suiv., 65 et suiv.

2. Leroy, *le Code civil et le droit nouveau*, 1904, p. 9.

CHAPITRE II

ÉVOLUTION DE LA THÉORIE GÉNÉRALE DE LA RESPONSABILITÉ

L'un des aspects les plus intéressants de la socialisation du droit est l'évolution de la théorie de la responsabilité à laquelle se rattache directement celle de l'abus du droit.

Le droit est destiné à procurer le bien général en même temps que la satisfaction des intérêts individuels ; l'abus du droit qui est l'exercice antisocial d'un droit est générateur de responsabilité. Les droits ne sont pas des fins en soi, mais des moyens destinés à réaliser une fin qui leur est extérieure. En d'autres termes, les droits ne sont pas absolus quant à leur exercice, mais limités par leur but lui-même. Abuser du droit, c'est prendre le moyen pour la fin, c'est l'exercer contrairement à l'intérêt général et à la notion d'équité telle qu'elle se présente à un moment précis de l'évolution juridique. Abuser du droit, c'est s'en servir égoïstement et non socialement. Dans un état juridique comme le nôtre,

où la justice et l'équité tendent à la socialisation du droit, un tel abus engage la responsabilité de celui qui le commet.

Ce que nous venons de dire suffit à marquer l'étroite relation qui existe entre la conception de la socialisation du droit et celle de l'abus du droit.

Mais ces considérations générales ne suffisent pas. Nous devons marquer la place logique de la théorie de l'abus du droit dans la théorie générale de la responsabilité.

Quand un dommage se produit, la question se pose de savoir qui supportera ce dommage et à quelles conditions. Cette question peut se poser à propos de l'exécution d'une obligation, hypothèse que nous écartons ; elle peut se poser aussi en dehors de tout engagement antérieur, c'est-à-dire entre personnes étrangères au point de vue juridique. A cette question la solution sera donnée ou par l'idée de responsabilité, ou par l'idée du risque. « Risques et responsabilité, dit M. Gény (1), représentent, en somme, les deux faces, réciproquement complémentaires, d'une idée générale et nécessaire à la vie juridique, l'idée de la réparation des dommages qui atteignent les intérêts privés. »

Il y aura risque, toutes les fois que la personne qui a souffert le dommage supportera elle-même le préju-

1. *Rev. trim.*, 1902, p. 817.

dice ; il y aura responsabilité quand une autre personne que celle atteinte par le dommage sera obligée à la réparation en raison du rapport qui la rattache à la cause du dommage. Avec quelles conditions une personne peut-elle être obligée à la réparation du dommage par elle causé ?

L'article 1382 et l'article 1383 nous donnent la réponse ; il faut une faute, peu importe que ce soit avec ou sans intention que le dommage est causé, l'auteur du dommage doit réparer le préjudice et la réparation est égale au dommage (1). A ce point de vue, l'accord est unanime : le dommage causé fixe le maximum de la réparation due (2).

Il faut donc, pour que la responsabilité soit engagée que l'auteur du fait dommageable soit en faute : « Pas de responsabilité sans faute ».

Dans le droit romain primitif on ignore l'élément de faute, la matérialité du fait prouve suffisamment la faute. *Non consilii sed fortunæ pœna repetitur*, dit Cicéron, que cite Ihering (3) Le fait extérieur entraîne la peine, sans que son rapport avec la volonté soit

1. En pratique, il paraît que les tribunaux font une différence en tenant compte pour le quantum des dommages-intérêts du caractère intentionnel ou non intentionnel de l'acte (V. Bosc, thèse 1901, p. 12 et 13).

2. M. Gény, *loc. cit.*, p. 812, n° 1, croit toutefois que la peine civile n'est pas définitivement abolie. Il cite la jurisprudence en matière d'astreintes.

3. *De la faute*, p. 18.

pris en considération. On pourrait rattacher cette manière de voir à une conception fataliste. « L'homme est soumis au destin, son sort lui est dicté d'après ses mérites par une puissance supérieure, à laquelle il ne peut pas résister. La destinée apparaît comme mérite ou comme faute de l'homme, selon que, même en absence de toute volonté, il cause le bien ou le mal » (1). Mais, petit à petit, le droit romain s'éloigne de ce principe. La notion de la faute se précise et est mise en relief. Le droit privé romain parvenu à son développement prend la faute comme mesure de la responsabilité. La faute peut être légère : *in lege Aquilia et levissima culpa venit* ; mais il faut toujours une faute : *impunitus est*, dit Gaïus (2). *qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit*.

Dans la doctrine des anciens jurisconsultes français, on maintient la faute comme principe de responsabilité. Domat (3) dit : « Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver, par le fait de quelques personnes, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autres fautes y a donné lieu. »

1. *Ibidem*.

2. III, § 121.

3. *Lois civiles*, l. II, titre VIII, section 7.

Pothier (1) dit lui aussi : « On appelle délits et quasi-délits les faits illicites qui ont causé quelque tort à quelqu'un, d'où naît l'obligation de le réparer. Si ce fait provient d'une malice ou d'une volonté de causer ce tort, c'est un délit proprement dit ; s'il ne procède que d'imprudence c'est un quasi-délit. »

Merlin, dans son répertoire (2), expose les mêmes idées : « Pour qu'un homme puisse être responsable du mal dont il est la cause, il faut qu'il lui ait été possible avec plus de vigilance sur lui-même de s'en garantir, il faut qu'il y ait une faute dans son action ». Ces idées ont été celles qui ont inspiré les auteurs du Code (3). Il faut s'entendre sur le sens exact du mot, « faute » M. Teisseire a très justement observé que le terme peut convenir à toutes sortes de théories. Il faut donc rechercher la notion qui s'attache à ce mot dans la théorie traditionnelle.

Une première distinction est faite entre la faute et le dol. Le dol serait caractérisé par l'intention de nuire, par la volonté consciente de causer un dommage et constituerait le délit civil visé par l'article 1382 du Code

1. Traduction générale ou coutumes, n° 117.

2. V. *Quasi-délit*, n° 1.

3. V. L'exposé des motifs de Treilhard, dans Locré, XIII. p. 31 et 32, le rapport au tribunal de Bertrand de Greuille, *ibid.*, p. 40-44 et le discours du tribun Tarrible, *ibid.*, p. 57 à 60. Cf. Labbé n°s 71, 1. 9.

civil tandis que la faute, serait une négligence et constituerait le quasi-délit de l'article 1383 (1).

Nous poursuivrons notre étude sans tenir compte de cette différence. La faute doit s'entendre *a fortiori* du délit, qui est une faute aggravée par l'intention (2).

On peut dire que la théorie traditionnelle de la faute consiste dans un fait illicite par lequel une personne cause sciemment et méchamment un dommage à autrui, ou dans la négligence que l'on a mise à ne pas en découvrir les conséquences et les caractères du fait dommageable (3).

Mais comment sera appréciée la négligence? L'homme, dans ses rapports avec ses semblables, doit-il faire preuve d'une diligence accentuée? M. Beudant (4) le pense: il y a faute, dit-il, quand l'acte dommageable est de ceux qu'un homme très diligent ne commettrait pas. On apprécie donc la conduite humaine d'après le type abstrait d'homme très diligent.

Mais dans la théorie traditionnelle, on ajoute à ce premier caractère de la faute (le fait d'intention ou de

72

1. Chifoni, *Colpa contrattuale*, p. 8 cité par Corbesco, thèse p. 70 : La faute « si concentra in un fatto le cui conseguenze dannose non erano volute d'all agente, e presenta il concetto di un omissione di diligenza ».

2. V. Corbesco, thèse, p. 70 et V. Rein *Das Privatrecht und der civil process der Römer*, Leipzig, 1858, p. 615, note 1. « Culpa in weiteren Sinne ist jedes Verschulden und jede Unsittlichkeit, im objektiven und subjectiven Sinne und fasst daher auch dolus in sich ».

3. Cf. Larombière, t. VII, p. 536 ; Huc, t. VIII, p. 532.

4. *Les obligations*, p. 748.

négligence), un autre : le caractère illicite du fait accompli : ne constitue donc pas une faute l'acte dommageable de celui qui exerce son droit ; l'exercice du droit ne peut pas être licite dans son exercice, illicite dans ses conséquences ; *Qui suo jure utitur nœminem lædit* (1).

La faute n'est qu'un élément de la responsabilité. Pour que la responsabilité soit engagée il faut en outre que l'acte fautif cause un préjudice à autrui, et que la faute soit imputable à celui dont on réclame des dommages-intérêts. Il faut un préjudice. Sans préjudice on ne peut pas se plaindre. Mais un préjudice moral est suffisant (2).

Il faut, en dernier lieu, que l'auteur de l'acte soit moralement responsable. Celui qui n'a pas son libre arbitre, la conscience de ses actes, ne peut commettre ni une faute d'intention, ni une faute de négligence. Le fondement de la responsabilité est la raison et la liberté qui manquent au dément et au mineur en bas âge. Mais le mineur qui arrive à l'âge de raison, n'est pas restituable aux termes de l'article 1310 du Code contre les obligations résultant d'un fait illicite, parce que la notion du bien et du mal se précise avant le

1. Planiol, *Esmein*, *loc. cit.*

2. Beudant, *loc. cit.*, p. 731, Labbé S. 79. 2. 193 ; Meynial, *Sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire* (*Rev. pratique*, 1884, p. 441). — Dorville, *De l'intérêt-moral dans les obligations*. Thèse de Paris, 1901.

plein développement des facultés intellectuelles. Les Romains décidaient déjà de même : *Malitia supplet ætatem*, disaient-ils (1).

Cette conception de la théorie de la responsabilité s'est révélée trop étroite lorsque les rapports sociaux sont devenus plus nombreux et complexes. La théorie classique a désormais été impuissante à satisfaire aux exigences de la conscience collective. On s'est aperçu que fonder le principe de la responsabilité sur la seule notion de faute, c'était laisser sans réparation un grand nombre de faits dommageables, pour lesquels l'équité réclame une indemnité. La grande industrie met en péril la santé et la vie d'une multitude d'hommes. On ne pouvait laisser sans indemnité les victimes d'accidents du travail sous le prétexte que la faute du patron, d'ailleurs difficile à prouver, n'était pas établie.

En d'autres termes, on a compris qu'il y a des situations dans lesquelles la responsabilité doit être admise en dehors de toute volonté coupable ou négligente. L'élargissement de la responsabilité s'opéra d'abord grâce au système des présomptions de faute. Puis on en vint à supprimer en fait, la notion de faute elle-même et à la remplacer par celle du risque. Pour qu'il y ait

1. La faute ne peut se concevoir que chez celui qui a conscience de ses actes et dont la volonté ne subit pas l'empire d'un cas fortuit ou de force majeure. Dans un cas comme dans l'autre, le résultat ne pouvait être ni prévu, ni évité, il n'y aura que *damnum fatale*. — Aubry et Rau, IV, S. 446, p. 754. — Demolombe, XXXI, n° 481. Sourdat, I, n° 545.

responsabilité, il suffit qu'il existe un rapport de causalité entre l'acte dommageable et l'activité de l'agent. Il y a des faits qui, par leur matérialité, et étant donné les usages reçus, impliquent l'acceptation d'un risque sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il y a une faute et si ces faits pouvaient ou non être prévus ou empêchés.

La transformation de l'idée de responsabilité s'est opérée en jurisprudence, en doctrine et en législation.

Dès 1883, le Conseil d'État admit que les dommages causés par l'exécution de travaux publics doivent toujours être réparés, indépendamment de toute faute, si l'importance de ces travaux dépasse celle des travaux qui auraient pu être faits par un particulier (1).

Antérieurement à la loi de 1898, certains auteurs avaient cherché à faire sortir du Code civil lui-même la conception du risque (2). L'article 1384, en effet, en édictant la responsabilité des choses que l'on a sous sa garde, ne consacre-t-il pas la responsabilité du risque créé par la chose qui nous appartient ?

Enfin, l'idée de risque a été formellement consacrée par la loi du 9 avril 1898 substituant le risque professionnel à la faute comme fondement de la responsabilité du chef d'entreprise en matière d'accident du travail (3).

1. Haurion, *Droit administratif*, 4^e édition, p. 699 et suiv.

2. Saleilles, *les Accidents du travail et la responsabilité civile*, 1897. — Jossierand, *de la Responsabilité du fait des choses inanimées*, 1897.

3. Teisseire, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*. Aix, 1901.

Au criterium subjectif de la responsabilité se trouve donc substitué un criterium objectif qui est l'activité (1).

Est-ce à dire qu'une théorie aussi large de la responsabilité sanctionne l'exercice de tous les droits sans exception ? Nous ne le croyons pas.

MM. César-Bru et Morin ont fait à cet égard les observations suivantes (2) : « Les divers droits ou facultés qui peuvent appartenir à une personne peuvent être classés en deux catégories : les droits *purement internes* dont l'homme est l'objet en même temps que le sujet. Exemples : le droit à la liberté, à l'honneur, au nom. A côté, les *droits extérieurs* à l'homme, c'est-à-dire dont l'objet est hors de lui. Ces droits extérieurs se subdivisent à leur tour en droits sur les choses (droit de propriété et ses démembrements) et en droits sur les personnes dérivant d'un rapport de famille (puissance paternelle, autorisation maritale) ou d'un rapport d'obligation. » Or, continuent les auteurs que nous venons de citer, le but des droits internes et du droit de propriété est l'intérêt égoïste de celui qui en est investi. Le dommage causé à autrui dans l'exercice de ses droits engage la responsabilité. Mais les droits sur les personnes et les rapports d'obligation existent à

1. Teissière, *loc. cit.*, p. 325 et suiv. va même plus loin et admet la responsabilité fondée sur le patrimoine.

2. *Annales de la Faculté d'Aix*, 1906, p. 87-88.

l'encontre de quelqu'un. Le dommage causé par leur exercice est pleinement conforme à la destination du droit. Qu'est-ce que la grève, par exemple ? Sinon, un moyen de coercition qui aboutit à un dommage subi par le patron. Les droits sur les personnes et les rapports d'obligations échappent donc à la théorie du risque. Leurs titulaires échapperont-ils pour cela à toute responsabilité ? A côté de la notion de *risque* ne convient-il pas d'admettre la notion d'*abus* ?

Nous admettons, nous aussi, qu'il y a lieu de faire jouer ces deux notions en ce qui concerne les droits sur les personnes et ceux qui dérivent de rapports contractuels. Mais nous ne voyons pas pourquoi l'idée d'abus du droit n'interviendrait qu'en ce seul domaine. Elle est également applicable à l'exercice du droit de propriété et elle lui a été, en fait, appliquée.

Seulement, la conception de l'abus du droit apparaît comme beaucoup plus large que celle du risque créé ; la première est susceptible d'application à l'exercice de tous les droits, tandis que la seconde, ainsi que nous venons de le voir avec MM. Cézar-Bru et Morin, laisse en dehors de son empire les droits sur les personnes et les droits résultant de rapports d'obligations.

On a voulu établir une opposition fondamentale entre la théorie du risque et celle de l'abus du droit. La conception de la responsabilité se transformerait suivant deux tendances opposées et contradictoires, la doctrine

objective du risque et celle subjective de l'abus, de telle sorte qu'il faudrait que celles-ci se formassent comme théories distinctes ayant chacune un domaine d'application différent (1).

Les domaines d'application de la théorie du risque et de la théorie de l'abus du droit, sont en vérité différents, mais ne sont nullement contradictoires. « Lorsqu'un individu, dit M. Josserand (2), qui est un partisan de deux théories qu'on présente comme contradictoires, cause un préjudice anormal à autrui, il faut rechercher dans quelles conditions ce préjudice fut déterminé et, tout d'abord, s'il n'y a pas eu déviation, détournement, soit d'un droit nommé, soit de la liberté : au cas d'affirmative, on est en présence d'un acte abusif... Sinon, puisque le droit a été exercé dans la direction normale, conformément à l'esprit de l'institution, le juge est bien amené à chercher ailleurs la solution du problème : du moment que le critérium subjectif ne donne pas de résultat, c'est au critérium objectif qu'il faudra de toute nécessité s'en référer. »

M. Josserand, loin de trouver ces deux grandes théories contradictoires, trouve leur point de contact, en ce que l'une et l'autre sont des théories à base de volonté.

1. Alfred Martin, professeur à l'Université de Genève : *l'Abus du droit et l'acte illicite* (*Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1909, cité par Coroi). — Coroi, *la Théorie de l'abus du droit et l'excès du droit*, p. 16.
— Porcherot, thèse précitée, p. 215 et suiv.

2 *Loc. cit.*, p. 87.

Dans la théorie de l'abus du droit, le dommage réalisé est la conséquence immédiate de la volonté, dans la théorie du risque, le dommage se rattache indirectement à la volonté, par l'intermédiaire de l'acte, dont l'accomplissement implique acceptation des risques.

Pour finir avec l'évolution de la théorie de la responsabilité, remarquons que sur la responsabilité du moralement irresponsable, un mouvement de plus en plus grandissant cherche à obliger à la réparation même celui qui ne se rend pas compte de son fait. Déjà des législations étrangères accordent des dommages-intérêts dans ce cas (1), et la jurisprudence française a quelquefois admis le principe (2).

Pour accorder ces dommages, on se place soit au point de vue juridique (Saleilles : du moment qu'un fait qui se présente objectivement comme un fait d'imprudence, engage légalement la responsabilité de son auteur, il n'y a pas de raison pour que le même fait, puisque ses conséquences légales dérivent de sa matérialité et non de la faute de son auteur, n'impose pas la même obligation à l'irresponsable qui l'aurait commis), soit au point de vue de l'équité (Code civil allemand : on parle alors de la condition de fortune de l'individu

1. L'article 58 du Code suisse ; art. 2377 du Code portugais, art. 829 du Code civil allemand. Cf. Charmont, *l'Abus du droit* (*Rev. trim.*, 1902, p. 114). — Cobesco, thèse. — Planiol, II, n° 916. — Saleilles, *op. cit.*, p. 388, note.

2. Montpellier, 31 mai 1866, D. 67. 2. 5. Trib. civ. Seine (affaire Blondeau), 5 mai 1893. *Le Droit* du 10 août 1893.

moralement irresponsable, si le dément était lui-même pauvre, sous prétexte de réparation, on le priverait de ce dont il a besoin dans sa triste situation, ce qui serait une peine).

La citadelle de la doctrine classique se trouve ainsi sinon emportée, à tout le moins gravement démantelée, le remarque M. Gény (1). Elle ne se trouve pas encore remplacée par un système d'ensemble, mais affaiblie, attaquée de tous les côtés, elle subsiste encore. La faute, le fondement de la responsabilité dans la doctrine classique, est écartée totalement, ou si profondément transformée, qu'elle ne reste plus qu'un mot, qui, par respect pour la tradition, est gardé, mais auquel on attache tel sens qu'on veut, comme si son sens n'était pas assez défini par la tradition vingt fois séculaire.

1. *Risque et responsabilité* (Rev. trim., 1902, p. 813).

CHAPITRE III

LES THÉORIES

La doctrine, en face du mouvement jurisprudentiel que nous avons étudié dans la première partie de cette thèse, a eu le devoir de coordonner et d'expliquer les solutions de la jurisprudence. Les diverses théories sur l'abus du droit ne sont que des essais faits après que la jurisprudence avait construit la théorie de l'abus du droit pour justifier ou pour combattre cette jurisprudence. Nous aurons à examiner d'abord les théories qui rejettent l'existence de l'abus du droit. Nous examinerons ensuite les théories qui l'admettent et nous verrons qu'il y a des auteurs qui tout en admettant l'abus du droit veulent restreindre ses applications, tandis que d'autres construisent des théories extensives de la notion d'abus de droit.

Nous diviserons donc les divers systèmes de la doctrine en trois groupes :

1^o Théories qui rejettent l'existence de l'abus du droit ;

2° Théories restrictives de la notion d'abus du droit;

3° Théories extensives de la notion d'abus du droit.

PREMIÈRE SECTION

THÉORIES QUI N'ADMETTENT PAS LA CONCEPTION DE L'ABUS DU DROIT

La notion même de l'abus du droit a été attaquée comme contradictoire et logiquement inconcevable. Comment peut-on concevoir un acte qui soit l'exercice d'un droit et qui soit cependant illicite? L'abus du droit suppose que l'on n'est pas sorti de son droit, mais que l'usage que l'on en fait est illicite. Cela ne revient-il pas à dire qu'un même acte peut être à la fois licite et illicite?

« Lorsqu'un fait est licite, dit Demolombe (1), et constitue tout simplement l'exercice d'un droit, il ne saurait engendrer la responsabilité de son auteur en vertu de l'article 1382. Autrement, il est clair que le droit lui-même n'existerait pas, si celui auquel il appartient pouvait, en l'exerçant, encourir une responsabilité civile. »

1. T. XXXI, n° 666.

A. — LA THÉORIE DE M. ESMEIN

Pour M. Esmein (1), la thèse de l'abus du droit n'est pas juridiquement acceptable. La faute de l'article 1382 ne peut être qu'un fait illicite, et « l'exercice d'un droit dans les limites que la loi a tracées ne saurait être illicite, quelle que soit l'intention de celui qui l'exerce » (2). En entrant ainsi dans la recherche des intentions, en professant qu'un droit malicieusement exercé quoique sans aucune manœuvre dolosive, peut donner lieu à des dommages-intérêts, on substitue — M. Esmein le craint — la faute morale à la faute juridique et on transforme les juges en censeurs. Voilà pourquoi M. Esmein pense qu'un propriétaire dont le fonds n'est grevé par aucune servitude peut élever des constructions *uniquement* (on peut le prouver) pour gêner la vue du voisin ; qu'un commerçant peut s'établir sur la même rue qu'un autre, *uniquement* (on peut le prouver) pour le ruiner ; ni le propriétaire, ni le commerçant ne pourra pas être condamné à des dommages-intérêts, ils ont exercé leur droit, et le voisin, le commerçant ruiné, n'avaient aucun droit à ce que son voisin n'élève pas de constructions, à ce qu'un autre commerçant ne lui fasse pas concurrence.

1. S. 98. I. 17 sous cass. req., 29 juin 1897.

2. *Loc. cit.*, col. 15.

Mais M. Esmein reconnaît que l'exercice du droit pourrait donner naissance à des dommages-intérêts s'il servait d'instrument « pour violer, entraver chez autrui le libre exercice d'un droit individuel également légitime et reconnu ». Alors, et dans cette mesure, son exercice ne constituerait plus un acte licite. Ainsi le patron a incontestablement le droit d'embaucher les ouvriers, et un orateur, qui, dans une réunion publique, un journaliste, qui, par des insinuations malveillantes détourne les ouvriers, fait de son droit un usage qui porte atteinte au droit d'autrui, commet un délit dans le sens de l'article 1382 ; de même les ouvriers qui se mettent en grève pour forcer le patron de renvoyer un ouvrier commettent un acte attentatoire à la liberté de l'industrie.

Les critiques de fond que M. Esmein adresse à la théorie de l'abus du droit sont les plus graves. Le savant maître ne se contente pas de dénier toute originalité à la théorie de l'abus du droit, il désapprouve les solutions concrètes de cette théorie, il déplore la jurisprudence ; il veut revenir à l'application strictement logique de l'adage : *nemo damnum facit nisi qui id facit, quod facere non jus habet*. Cette opinion radicale, nous ne la trouvons pas exprimée avec une pleine franchise que par M. Esmein. M. Barde (1), que l'on serait tenté de citer à côté de M. Esmein, est beaucoup moins

1. *Traité théorique et pratique des obligations*, 2^e éd., t. III, p. 1080.

affirmatif et approuve certaines décisions jurisprudentielles (1).

M. Esmein craint, nous l'avons vu, la confusion de la morale avec le droit, la transformation du juge en censeur. Il préfère laisser debout les barrières traditionnellement établies entre le droit et la morale. Mais ces barrières n'ont jamais été précises et il suffit, comme le remarque M. Josserand (2), de se reporter aux définitions par lesquelles les juristes ont prétendu différencier le droit de la morale, pour se convaincre par la gêne des écrivains et par le flottement de leur pensée, que le droit ne peut pas être séparé de la morale, que « celle-ci est le creuset où s'élabore celle-là : et l'élaboration s'accomplit, non point seulement par le législateur, mais aussi et surtout sous la poussée de mœurs et par l'intervention constante, journalière des tribunaux ». Dès longtemps les auteurs ont comparé la morale et le droit à deux cercles concentriques dont le droit serait celui de moindre rayon, qui sans cesse s'étend et absorbe la zone extérieure de la morale. Chaque règle de justice n'est qu'un beau cristal qui grossit dans l'eau mère qui le baigne, c'est la morale qui le nourrit (3).

Nous avons examiné plus haut les motifs qui nous

1. V. Josserand, *loc. cit.*, p. 83-84.

2. *Loc. cit.*, p. 84.

3. Ch. Gide, *Justice et charité*, conférence du 22 fév. 1899 (*Morale sociale*, p. 214).

font admettre l'application de l'adage : *Malitiis non est indulgendum*, nous avons repoussé la crainte de l'arbitraire qui s'est dressée devant nous (1). Nous n'y revenons pas, étant solidement convaincu de l'utilité sociale de la théorie de l'abus du droit, que nous préférons à l'application automatique du droit que nous propose le savant maître de Paris. Avec M. Josserand (2), nous disons pour conclure : mieux vaut la règle : *Summum jus summa injuria*, que la maxime haïssable : *Dura lex sed lex*.

B. — THÉORIE DE M. PLANIOL

M. Planiol (3) part de l'idée que la faute qui est un manquement à une obligation préexistante, doit exister nécessairement pour entraîner la responsabilité. Pour être en faute, il faut donc manquer à une obligation préexistante, commettre un fait illicite. Le fait illicite est un fait contraire au droit. Si j'ai le droit de faire un acte déterminé ou si j'ai le droit, de m'en abstenir, je ne suis pas en faute d'avoir accompli ou omis cet acte. C'est l'application de l'adage : *Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur*. M. Planiol repousse donc la théorie de l'abus du droit. « Cette doctrine, dit-il (4), repose

1. V. pages 70 et suivantes de notre thèse.

2. *Loc. cit.*, p. 86.

3. *Traité de droit civil*, t. II, n^{os} 862 et suiv.

4. *Loc. cit.*, n^o 871.

tout entière sur un langage insuffisamment étudié ; sa formule « usage abusif des droits » est une logomachie, car si j'use de mon droit, mon acte est licite ; et quand il est illicite, c'est que je dépasse mon droit et que j'agis *sans droit, injuria*, comme disait la loi Aquilia. » Mais M. Planiol ne veut pas condamner la jurisprudence formée autour de la théorie de l'abus, il n'adresse à la théorie de l'abus qu'une critique de forme, il veut seulement faire observer que l'acte abusif ne forme pas une catégorie juridique distincte de l'acte illicite ; « il ne faut pas être dupe de mots : *le droit cesse où l'abus commence* et il ne peut y avoir « usage abusif » d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois *conforme au droit, et contraire au droit* ».

Dans tous les cas où la jurisprudence voit un abus de droit, M. Planiol voit un dépassement du contenu du droit, contenu qui est variable, limité quant à son étendue et conditionné quant à son exercice. L'acte accompli dans de pareilles circonstances est un « acte accompli sans droit ». Ainsi faudra-t-il ne tenir aucunement compte de l'intention de celui qui produit un dommage : voulu ou non, le dommage donne toujours lieu à la réparation quand l'acte qui le produit est illicite, c'est-à-dire quand celui qui cause le dommage « fait ce qu'on ne doit pas faire ou ne fait pas ce qu'on doit faire ».

En examinant les divers cas présentés en jurisprudence, il poursuit la même idée : si des dommages sont dus à un ouvrier renvoyé sans motifs légitimes, c'est que le droit du patron de renvoyer n'est pas absolu ; si les grévistes peuvent encourir des dommages, c'est que le droit de grève est limité, qu'il n'est licite que lorsqu'ils poursuivent un but licite, tel que l'amélioration de leur état, qu'il est illicite lorsqu'ils poursuivent le renvoi d'un ouvrier non syndiqué parce que la grève porte atteinte alors au droit de liberté d'autrui (1) ; si celui qui fait un procès peut être condamné à des dommages-intérêts, c'est que le droit de recourir à la justice n'est ouvert que pour la défense des intérêts légitimes, non pour satisfaire la malignité ou le dilettantisme (2).

La théorie de M. Planiol est séduisante, et des partisans convaincus de l'abus du droit, reconnaissent qu'elle est juste dans une certaine mesure. « Je suis,

1. Voyez note D. 03.2.329 sous la Cour de Limoges du 10 juin 1902. « L'erreur des auteurs qui croient apporter par les cas d'abus une catégorie nouvelle d'actes illicites est de partir de l'idée qu'on peut léser le droit d'autrui, sans excéder son propre droit, alors que tout l'effort de la législation et de la jurisprudence sur ce point, a consisté seulement à déterminer les limites de chaque droit et à dire à quelles conditions un acte peut-être considéré comme licite ».

2. Voir M. Corbesco, *Devoirs moraux et obligations légales*, thèse Paris, 1903, p. 166 et s. qui adopte la théorie de M. Planiol. Cette théorie qui confond l'acte abusif avec l'acte accompli sans droit est adoptée quelquefois par des auteurs qui sont partisans de l'abus des droits, M. Jossierand, *loc. cit.*, p. 74, n. 1. remarque cette curiosité et cite M. Duffau-Lagarosse, *Rev. crit.*, 1899, p. 473 et notamment, p. 485. Porcherot, thèse p. 156.

dit M. Saleilles (1), pleinement d'accord avec M. Planiol, lorsqu'il dit, qu'en réalité la plupart du temps, lorsqu'on parle d'abus de droit, on s'exprime d'une façon incorrecte. On fait allusion à un défaut de droit, et non à un droit dont on userait mal : un droit dont on abuse n'est pas autre chose qu'une faculté qui n'est plus comprise dans le droit que l'on prétend avoir ».

M. Charmont dit aussi : « Il est certain qu'on applique souvent à tort cette expression d'abus de droit. On désigne sous le nom d'abus de droit de propriété toute une série d'hypothèses bien connues en pratique et dans lesquelles il nous paraît que le juge tend beaucoup moins à réprimer l'abus qu'à déterminer la limite, le domaine des différents droits » (2).

Examinons la théorie de M. Planiol. Nous avons dit que, d'après ce savant professeur, l'acte abusif de droit (ce qu'on appelle ainsi), rentre dans la grande famille d'actes accomplis sans droit, et ne mérite pas « l'honneur d'une catégorie particulière ». Nous croyons que cette conclusion n'est pas exacte. Il importe de distinguer l'acte abusif de l'acte accompli sans droit. Quand le propriétaire, comme dans l'hypothèse jugée par la Cour de Colmar (3), élève une fausse cheminée uniquement dans le but de nuire au voisin, il ne dépasse pas son

1. *Obligations*, p. 372, note.

2. *Rev. trim.*, 2.932, p. 115-116, comp., p. 83 et suiv. de notre thèse.

3. 2 mai 1855. D. 56.2.9, comp., p. 41 et suiv. notre thèse.

droit, mais il en abuse. Il ne dépasserait son droit que s'il faisait acte de maître sur le domaine du voisin, en labourant le champ d'autrui (1).

Il y a, en droit civil, entre l'acte abusif et l'acte accompli sans droit, la même différence que celle qui règne en droit administratif entre le détournement de pouvoir et l'excès de pouvoir. Si l'excès de pouvoir se caractérise par des prescriptions ouvertement illégales, le détournement de pouvoir se caractérise par l'incorrection du but, des intentions qui ont guidé l'administrateur (2). Comme le dit M. Saleilles (3), « nous trouvons des actes qui excèdent les pouvoirs réguliers de l'administration, et qui sont l'équivalent, en ce qui concerne le droit privé, des actes accomplis en dehors du contenu d'un droit : ce serait par exemple l'usurpation de pouvoir proprement dite, ou encore l'excès de pouvoir pour incompétence au sens exact du mot ; puis nous trouvons des actes qui rentrent dans les pouvoirs réguliers de l'administration, mais qui sont irréguliers à raison de leur but et de l'emploi illégitime qui en est fait : c'est l'analogie de l'abus de droit en matière civile ».

Au point de vue théorique, il importe donc de

1. V. Josserand, *loc. cit.*, 74-75.

2. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1^{re} éd., II, p. 522 et suiv. — Cf. Saleilles, Rapport, p. 19. — Josserand, *loc. cit.*, p. 75.

3. Saleilles, Rapport, p. 18, en note.

séparer l'abus de l'acte accompli sans droit. « Le défaut de droit, dit M. Josserand (1), est une théorie toute faite et en quelque sorte préconstituée ; les limites objectives d'un droit sont précises et elles ne se déplacent pas facilement, du moins en dehors de l'intervention législative. L'abus des droits constitue au contraire une théorie mouvante, une notion merveilleusement souple... Son horizon est illimité au lieu que celui de la théorie qu'on prétend lui identifier est exactement borné. »

Au point de vue pratique, il importe de différencier l'acte abusif de l'acte accompli sans droit, au point de vue de la sanction. Un acte accompli sans droit donne naissance à une action, même si aucun dommage n'en est résulté. Qu'un voisin laboure le champ qui m'appartient, je pourrai me plaindre et en vain objecterait-il qu'il ne m'a causé aucun préjudice. J'ai l'intérêt à ce que mes droits soient respectés (2). Au contraire, l'acte abusif ne suffit jamais, à lui seul, pour engager la responsabilité : sans préjudice de quoi pourrais-je me plaindre ? De l'intention malicieuse qui a guidé mon adversaire ? « Nos intentions, dit M. Josserand, si répréhensibles qu'on les suppose, n'engagent jamais à elles seules notre responsabilité, mais seulement si elles se traduisent par quelque manifestation extérieure, dans l'espèce par un dommage causé à autrui. »

1. *Loc. cit.*, p. 76.

2. V. Josserand, *loc. cit.*, p. 77.

Nous avons examiné plus haut (1), à propos des obligations du voisinage, un autre intérêt de distinguer les cas de défaut de droit de ceux d'abus de droit. Nous renvoyons à ce que nous avons écrit alors.

Mais nous voyons subsister l'argument qui semble irréfutable, pour les adversaires de la théorie de l'abus de droit : « Un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois *conforme* au droit et *contraire* au droit. » Nous répondrons qu'un seul et même acte peut être tout à la fois *conforme* au droit et *contraire* au droit. Le mot *droit* a, comme le remarque M. Jossierand (2), deux acceptions : il désigne tantôt un droit déterminé, par exemple, le droit de propriété, tantôt l'ensemble de règles juridiques qui nous régissent. Si dans sa première acception le droit a des limites précises, dans la dernière, ses limites sont variables et changent perpétuellement sous la pression des besoins sociaux. Il n'y a nulle contradiction à dire que tel fait est conforme au droit de propriété mais contraire au droit *lato sensu*, et à condamner cet acte comme abusif. En faisant ainsi, on proclame que les divers droits particuliers doivent, pour coexister, se conformer au droit général, à ce que M. Hauriou appelle « les principes du commerce juridique qui sont sous-jacents à la légalité ».

1. P. 81 et suiv.

2. *Loc. cit.*, p. 78.

C. — LA THÉORIE DE M. EMM. LÉVY

M. Emm. Lévy (1) arrive à la même conclusion que M. Planiol, c'est-à-dire que les espèces présentées comme des cas d'abus de droit se rattachent à la théorie de la responsabilité sans mériter une catégorie spéciale. Mais au lieu de dire comme M. Planiol que ces actes sont accomplis sans droit, sans que cela présente quelque chose de particulier, parce que nous ne sommes jamais responsables que dans l'exercice de nos droits.

Pour M. Lévy, le problème de la responsabilité se ramène au conflit des droits et des libertés. Simple dans la législation romaine, où le droit était concédé par la cité, où il était limité, où par conséquent on savait exactement son étendue, le problème se complique dans la législation moderne où le droit de chaque individu n'est pas limité que par le droit de son semblable, où en dehors des droits définis par la loi l'homme a la liberté qui lui permet de faire tout ce qui ne lèse pas le droit d'autrui.

Pour résoudre ce problème. M. Lévy trouve insuffisante la formule classique de la responsabilité. D'après cette formule, trois sont les éléments de la responsabilité : 1^o un acte accompli sans droit ; 2^o un acte portant

1. *Responsabilité et contrat* (*Revue critique*, 1899, p. 361 et suiv.).

atteinte au droit d'autrui ; 3° une faute ou un dol. Et d'abord un acte accompli sans droit. Pour M. Lévy il n'y a pas d'acte accompli sans droit, parce que lorsqu'on n'agit pas en vertu d'un droit défini, ou lorsqu'on dépasse les limites de ce droit, on agit tout de même en vertu d'un droit qui est celui de manifester sa liberté. Alors, il n'y a pas d'acte accompli sans droit, mais un acte qui est l'exercice du droit, d'un droit, dit M. Lévy en conflit avec d'autres droits. Et la responsabilité consiste en ce qu'on exerce son droit contre le droit d'autrui. Ainsi l'abus du droit est une théorie « artificielle et théoriquement contradictoire », parce qu'on la présente comme une exception à la règle : nous sommes en principe, dit-on, responsable quand nous agissons sans droit, et exceptionnellement quand nous exerçons abusivement notre droit, tandis que cette exception est la règle : nous ne sommes pas responsables qu'en exerçant notre droit.

Le second élément de la théorie classique c'est l'atteinte au droit d'autrui. Dans la formule classique, les deux éléments s'enchaînent logiquement : je suis responsable, quand sans droit je porte atteinte au droit d'autrui. Mais avec la modification de M. Lévy, dire : je suis responsable quand en exerçant mon droit je porte atteinte au droit d'autrui, c'est étendre indéfiniment notre responsabilité. D'autant plus que les relations sociales se multiplient, que le champ d'activité

s'élargit, les intérêts divers viennent plus en contact les uns avec les autres, et dans la concurrence vitale le succès de l'un se fait avec la défaite de l'autre. Poser donc en principe que quiconque en exerçant son droit porte atteinte aux droits d'autrui est responsable, c'est paralyser toute activité.

M. Lévy voit le reproche qu'on pourrait faire à sa théorie et il répond : « Il ne s'agit pas de savoir d'une façon absolue s'il y a atteinte à un droit ; il s'agit de savoir s'il y a atteinte à un droit qui existe par rapport à nous ; s'il a en d'autres termes, de notre part, obligation. »

Trouver cette obligation qui, indépendamment d'un contrat, nous lie à autrui, voilà le problème que M. Lévy veut résoudre à l'aide de la notion de faute, le troisième élément de la responsabilité dans la théorie classique.

Quelle est la définition de la faute ? Longtemps on a défini vaguement la faute une imprudence, une négligence. Théoriquement, cette définition suffisait parce que la faute n'était qu'un élément seulement de la responsabilité, pratiquement, parce que le sentiment du droit nous permettait de dire dans une circonstance donnée qu'il y a ou non faute.

Mais en face de nouveaux rapports juridiques, précisément à propos des accidents du travail, la définition de la faute s'est trouvée insuffisante. Et alors une théorie

nouvelle, qui a entraîné la jurisprudence, trouve la faute prouvée et caractérisée par sa matérialité même. M. Lévy ne se contente ni de la faute caractérisée par une négligence, ni de la faute caractérisée par la matérialité. Il cherche le fondement de la responsabilité dans un rapport de confiance nécessaire. L'ouvrier doit avoir une activité libre assurée et protégée par la responsabilité de son patron, parce qu'il a besoin de confiance en lui pour agir; le médecin doit exercer tranquillement sa profession par la confiance que lui donne son irresponsabilité. « Les autres, dit M. Lévy, sont responsables envers nous, dans la mesure où nous avons besoin d'avoir confiance en eux pour agir; dans la mesure où, pour agir, nous avons besoin d'avoir confiance en nous-mêmes, nous ne sommes pas responsables envers autrui (1). » Lorsque cette confiance légitime est trompée il y a faute, et parce qu'il y a faute il y a atteinte au droit d'autrui, il y a abus de droit, il y a responsabilité. « Notre croyance légitime en nous et en autrui, nous fait acquérir les droits, oblige les autres envers nous », voilà l'obligation, dont l'inexécution entraîne pour M. Lévy la faute.

M. Lévy part donc du même point que M. Planiol : la faute est un manquement à une obligation préexistante, Mais, tandis que M. Planiol, pour constater si un acte

1. *Loc. citi*, p. 398.

est fautif ou non. et appliquer la théorie de la responsabilité, prend cet acte et l'apprécie au milieu des droits rivaux pour le déclarer accompli sans droit, M. Lévy le considère isolément, abstraction faite des autres droits, en le trouvant ainsi accompli dans l'exercice de la liberté. C'est ensuite que M. Lévy se demande si cet acte est accompagné d'une faute. M. Planiol se demande donc si l'acte est une faute pour le déclarer accompli en dehors du droit, M. Lévy, après avoir constaté que l'acte est l'exercice d'un droit, cherche à savoir si cet acte n'est pas accompagné d'une faute. Pour M. Planiol, nous sommes responsables pour avoir agi sans droit et alors notre acte est une faute, pour M. Lévy, c'est seulement en exerçant notre droit que nous pouvons commettre une faute.

Malgré la différence des formules, la conclusion est identique : les cas qu'on présente comme rentrant dans la théorie nouvelle de l'abus du droit, ne sont que des applications de la théorie générale de la responsabilité et l'abus du droit est une notion contradictoire qui ne mérite pas une catégorie nouvelle dans la science du droit.

La théorie de M. Lévy repose sur une fausse base. Il n'est pas exact de dire que lorsque nous n'agissons pas en vertu d'un droit défini, nous agissons en vertu de la liberté, donc toujours en vertu d'un droit.

Certes, le fondement du droit, d'après la doctrine tra-

ditionnelle française, est la liberté. « C'est sur la liberté humaine conçue comme une prérogative supérieure à tout, respectable pour tous, égale chez tous, que la France devait finir par fonder l'idée de droit : point d'intérêts, point de force matérielle qui dût surpasser à ces yeux cette puissance morale (1). » Mais, de l'idée de liberté, découle l'idée de devoir. « Du libre arbitre, dit M. Fouillée (2), procèdent à la fois le devoir et le droit, avec la responsabilité de chacun dans l'accomplissement de sa propre destinée : mon droit à votre respect et le devoir que vous avez de me respecter, parce que je suis un être libre ; le fondement de mon droit et de mon devoir devient pour vous le fondement d'un droit et devoir égal. » Pour la coexistence des libertés, elles doivent être limitées, pour réaliser l'équilibre entre les intérêts. « Le droit, dit Kant, c'est l'ensemble des conditions qui limitent les libertés pour rendre possible leur accord. »

Si la liberté est limitée, il est faux de dire que tout ce que peut faire un homme, il le fait sinon en vertu d'un droit défini, au moins en vertu de la liberté. Cette idée repose sur la conception d'une liberté illimitée. Et la liberté, nous venons de le voir, n'est pas illimitée, elle trouve sa limite là où commence le droit d'autrui. La liberté est le principe d'où découlent tous les droits et

1. P. Gierke, *Der Entwurf eines B. G. und das deutsche Recht.*, 1899, p. 183 ; cité par Porcherot, thèse précitée, p. 96.

2. A. Fouillée, *l'idée moderne du droit*, p. 178 179 et suiv.

tous les devoirs, et loin de trouver l'excuse de toute activité dans la liberté, on y trouve la condamnation d'une activité qui dépasse les limites qui, pour la garantie de la liberté, ont été mises entre les droits. Nous pouvons donc conclure qu'en règle générale nous sommes responsables quand nous agissons sans droit.

Nous repoussons donc la théorie de M. Lévy qui refuse toute originalité à la théorie de l'abus du droit et nous maintenons nos affirmations antérieures; nous sommes responsables en règle générale quand nous agissons sans droit, et exceptionnellement quand dans l'exercice du droit nous commettons un abus.

D. — SYSTÈME DE M. GÉNY

M. Gény étudie la question de la responsabilité à propos de deux thèses, celles de MM. Ripert et Teisseire (1) et arrive à des conclusions négatives de l'abus du droit. Sans doute M. Gény approuve la jurisprudence extensive; il est disposé à admettre les solutions pratiques de cette théorie, qu'il reconnaît comme « ayant une base solide dans l'idée d'une limitation nécessaire des droits subjectifs, théorie commode en même temps pour permettre de faire entrer dans la catégorie de la responsabilité nombre d'agissements que la doctrine

1. *Risques et responsabilité* (Rev. trim., 1902, p. 838 et suiv.).

initiale eût laissés sous la notion du risque ». Mais, en présence des textes (art. 1382 précisé par les art. suiv.), il ne voit pas « comment le jurisconsulte, soucieux de son rôle et conscient de la limite de ses pouvoirs, serait fondé à « escamoter » cette solution décisive (la conception de la faute) ou à lui assigner, de son autorité propre, un sens autre que le législateur lui aurait ostensiblement attribué » (1).

Donc, l'interprétation de M. Gény sera plus serrée, plus adéquate aux textes. Or, l'observation des textes, le conduit aux résultats suivants : d'une part, on a accepté trop facilement, comme étant celle des auteurs du Code, la conception toute subjective de la faute, et cette idée qu'on peut concilier la faute avec les exigences sociales du présent; d'autre part, si le Code attache la responsabilité à une faute dommageable, « il ne bannit pas formellement tout autre principe de responsabilité et, nulle part, ne déclare infrangible l'attribution du risque à la victime directement atteinte, en dehors de l'hypothèse de faute ».

En ce qui concerne la faute, M. Gény croit qu'elle est « une erreur de conduite, une défaillance d'attitude, qui normalement s'apprécie d'après le type abstrait de l'homme droit et sûr de ses actes » (2). Mais erreur, défaillance, n'impliquent pas liberté et raison ? M. Gény

1. *Loc. cit.*, p. 846.

2. *Ibid.*, p. 838.

le reconnaît, mais il déclare que cette définition exclut l'élément psychologique ou moral, la volonté consciente de causer un dommage. Cet élément peut s'y joindre, et alors modifier le contenu du principe de la responsabilité (1), avoir une influence sur la gravité de la faute (2), constituer même une cause distincte de responsabilité (3). En citant le passage qui se rencontre dans le rapport de Bertrand de Greuille au Tribunat (4), et se fondant sur la jurisprudence, M. Gény croit que telle est la tradition recueillie par les auteurs du Code en 1804.

Il ne demande donc qu'un rapport de causalité entre cette erreur ou cette défaillance et le dommage. Mais comment savoir s'il y a eu erreur ou défaillance ? On a eu le tort de prendre comme comparaison le type de l'honnête homme dans l'acception la plus exacte du mot. M. Gény pense qu'il faut apprécier la correction de conduite ou d'attitude « d'après le critérium de la normalité et suivant les conditions du milieu social » (5), « que si notre théorie rend superflue et condamne, par là même, la notion, d'ailleurs bien flottante et singulièrement délicate à fixer, de l'abus du droit », puisqu'elle reconnaît comme pouvant entraîner responsa-

1. *Loc. cit.*, p. 841.

2. P. 838.

3. P. 838.

4. Loqué, *Législ. civ. crim. et comm. de la France*, t. XII, 1838 p. 40-41.

5. P. 839.

bilité l'exercice le plus légitime des droits subjectifs, du moins faut-il reconnaître qu'elle conserve l'idée fondamentale qui avait inspiré cette conception raffinée, en subordonnant l'obligation d'indemnité à la condition formelle que l'usage des facultés légales fût exceptionnel et dérogatoire aux conditions habituelles du milieu » (1).

M. Gény essaie de concilier son système avec celui de M. Planiol et celui de M. Lévy. On caractérise la faute par un manquement à une obligation préexistente (Planiol), ou on reconnaît à la base de toute responsabilité une obligation de ne pas tromper « la légitime confiance » (Lévy). Mais pour fixer le contenu de l'obligation ou de la légitime confiance, on retombe dans le critérium sociologique que propose M. Gény, qui se ramène à rechercher la normalité des relations humaines, suivant le lieu et suivant le temps.

Actuellement, M. Gény ne paraît plus être l'adversaire de la théorie de l'abus du droit. Dans son ouvrage le plus récent : *Des droits sur les lettres missives* (2), où il fait l'application de sa méthode d'interprétation du droit civil, il parle à maintes reprises de l'abus du droit en faisant l'application de cette théorie qu'il considère assez solidement établie pour ne plus la discuter (3).

1. P. 840. Cf. note attribuée à M. Labbé sous civ. rej., 19 juillet 1870. S. F., 1. 10. col. 1, *initio*.

2. Paris, 1911, 2 volumes.

3. V. t. A, p. 185 : *Abus du droit à l'usage public de la lettre* ; t. II, p. 287, p. 101, texte et note 4, p. 123-126 et 127, t. et n. 5, p. 130

E. — LA THÉORIE DE M. MARC DESSERTTEAUX

M. Desserteaux croit que la théorie de l'abus du droit présente trop d'obscurités et qu'il faut substituer l'expression « conflit de droits » à celle d'abus de droit (1). Il y aurait ainsi trois catégories d'actes : *actes licites*, les actes qui sont accomplis dans l'exercice du droit et qui ne lèsent pas le droit d'autrui; *actes illicites*, les actes accomplis sans droit et avec la lésion d'un autre droit; *actes abusifs*, les actes accomplis dans l'exercice d'un droit et qui lèsent le droit d'autrui. Cette notion de conflit entre deux droits inconciliables et également protégés par la loi n'est pas étrangère au droit. Il existe maintes situations parmi lesquelles M. Desserteaux cite le conflit entre les créanciers à privilèges généraux avec les créanciers à privilèges spéciaux sur les meubles, entre la caution réelle, la caution personnelle et le tiers détenteur, qui se prévalent réciproquement de la subrogation l'un contre

et n. 3, p. 224, t. et n. 1, p. 227 : *Abus du droit à la preuve*; t. II, p. 192-196 : *Abus du droit de puissance paternelle*; t. II, p. 320, t. et n. 3-4 : *Abus du droit de tutelle*; t. II, p. 345, p. 371, *Abus du droit d'investigation criminelle*; t. II, p. 216-217, 219-220 : *Abus du droit du mari*; t. II, p. 320, t. et n. 5 : *Abus du droit moral de l'auteur*.

1. *Abus de droits ou conflit des droits* (R. trim., 1906, p. 119 et suiv. — Cf. Baudry et Chauveau, t. VI, n° 215. — Gény, *Méthode d'interprétation et sources*, n° 173. — Esmein, S. 98. I. 17. — Porcherot, thèse de Dijon, 1901.

l'autre, le conflit qui se présente dans la paulienne, dans lesquels le problème du conflit se pose et où les juriscultes ont dû trouver la solution. Ce qui fait que l'abus du droit est plus difficile à résoudre, c'est que chaque droit dont on prétend qu'on abuse est déclaré par la loi absolue, et qu'il est difficile de savoir quel droit fléchir devant l'autre.

M. Desserteaux fondant sa doctrine sur la lésion du droit d'autrui arrive certainement à la conclusion qu'un acte malicieux, fait avec l'intention de nuire, n'engage pas la responsabilité de son auteur si cet acte ne lèse pas le droit d'autrui. Cette conclusion est en contradiction avec la jurisprudence et la majorité de la doctrine. M. Jossierand (1) en constatant la grande majorité que rallie non seulement parmi les partisans de la théorie de l'abus, mais même parmi les adversaires, cette idée que l'intention de nuire vicie l'acte, déclare que toute intention malveillante est antisociale, contraire à l'esprit du droit, donc constitutive d'abus. C'est une fraude, dit-il, et la fraude fait cesser l'application de toutes les règles juridiques. M. Desserteaux n'entend pas ainsi la fraude, quoi qu'il s'incline devant le principe que la fraude fait exception à tous les principes. Pour lui la fraude est un artifice par lequel un particulier cherche à se soustraire à une obligation légale, ou à atteindre un résultat prohibé par la loi. Mais l'exercice du droit,

1. *Loc. cit.*, p. 51.

accompli avec l'intention de nuire, ne constitue pas un acte frauduleux, parce que, par hypothèse, son auteur a respecté le droit d'autrui et n'a fait que le priver d'un avantage occasionnel.

Si, d'après M. Desserteaux, la question se réduit à un conflit des droits, quel est le critérium d'après lequel on connaîtra lequel des droits est préférable ? M. Desserteaux pose trois règles générales : 1^o la préférence s'impose quand l'intérêt du demandeur est sa vie ou sa liberté ; 2^o quand l'intérêt du demandeur est illicite ou n'est pas sérieux ; 3^o enfin, quand le défendeur aurait pu atteindre le même but en diminuant les inconvénients que l'exercice de son droit entraîne pour autrui. Lorsque aucun de ces cas n'existe, alors le juge ne peut modifier l'état de fait existant.

Nous ne trouvons aucun avantage de remplacer l'expression d'abus de droit par celle de conflit des droits, comme M. Desserteaux le propose, et nous repoussons l'idée qu'un acte malicieux, accompli avec l'intention de nuire, n'engage pas la responsabilité de son auteur s'il ne lèse pas le droit d'autrui et ne fait que le priver d'un avantage occasionnel. Nous avons combattu cette distinction arbitraire entre la lésion du droit et la privation d'un avantage purement occasionnel, et nous croyons qu'un acte malicieux est antisocial et engage la responsabilité de son auteur du moment qu'il cause un dommage à autrui, sans avoir à distinguer entre la lésion du droit et la privation d'un avantage.

F. — AUTRES OBJECTIONS DIRIGÉES CONTRE NOTRE THÉORIE

En Allemagne, où la théorie de l'abus du droit a pourtant reçu une consécration légale, les attaques n'ont pas non plus manqué à notre théorie. Endeman (1) et Wachter (2) déclarent que l'expression abus du droit ne peut signifier que contraire au droit. On se trouve dans son droit ou on ne s'y trouve pas. Par suite, l'acte que l'on fait est licite ou illicite : entre ces deux termes il n'y a pas de place pour un acte qui serait de nature mixte, c'est-à-dire illicite bien qu'accompli dans l'exercice du droit.

En Suisse, M. Martin, professeur de droit civil à l'Université de Genève, aboutit de même à la conclusion que l'exercice du droit doit toujours être licite (3). Un état social dans lequel la règle : *qui suo jure utitur neminem lædit* serait abrogée est — pense M. Martin — une impossibilité ; car ce serait admettre que les hommes ont des droits, mais qu'ils ne peuvent pas les exercer.

Quelle est la valeur de ces objections ? En somme, elles peuvent toutes se résumer en cette formule : l'abus du droit se confond avec l'absence de droit ; vous avez un droit ou vous n'en avez pas ; il ne peut logiquement

1. *Einführung in das studium des B. G.*, t. I, p. 357-361.

2. *Würtemb. Privatrecht*, t. II, p. 195-196.

3. Cf. Coroï, *l'Abus du droit et l'acte illicite*. Thèse, p. 84.

y avoir de moyen terme ; donc l'expression abus de droit est vide de sens logique et juridique.

Si séduisante qu'elle puisse paraître au premier abord, nous ne croyons cette argumentation nullement décisive.

Un droit est une faculté qui nous appartient soit en vertu de la loi, soit en vertu d'un contrat. Supposons qu'un droit ne soit limité dans son contenu ni par la volonté du législateur ni par la volonté des parties contractantes. Celui qui se servira de cette faculté agira dans l'exercice de son droit. Or, supposons que celui qui agit ainsi dans l'exercice de son droit le fasse uniquement pour nuire à autrui, sans intérêt pour lui-même, qu'il aille jusqu'au fond de son droit, au détriment de la société et sans profit personnel. Ne pourrait-on pas dire qu'il abuse de son droit ? Reconnaître qu'il peut y avoir abus du droit, c'est donc reconnaître qu'un droit, soit contractuel, soit extra-contractuel, qui n'est limité dans son contenu, ni par le contrat, ni par la loi, rencontre cependant une limite dans les principes de l'équité supérieure au droit strict.

Ainsi l'abus ne se confond pas avec l'absence de droit, puisqu'on a agi dans les limites strictes du droit. Et il n'y a rien de contradictoire à penser qu'un acte, sans sortir des limites précises tracées par le législateur ou la convention, peut être illicite à raison de la manière dont il est accompli et du but qu'il poursuit. Cet acte

n'est pas en même temps licite et illicite ; il est tout simplement illicite. On voit donc que le droit ne cesse pas nécessairement où l'abus commence. Strictement il y a droit, car on se conforme à la permission accordée par la loi ou par le contrat, mais, par le fait que ce droit est détourné de son but social, il est exercé abusivement. Suivant la théorie que nous avons acceptée, et qui se dégage de l'ensemble des décisions jurisprudentielles, l'exercice abusif d'un droit apparaît dès que, en dehors même de toute intention malveillante et de toute intention de nuire, il constitue en lui-même une action anormale.

Nous rencontrons dans l'article de MM. César-Bru et Morin (1) un exemple qui explique très bien les considérations que nous venons de développer.

« Je vous loue un cheval. Et je stipule avec le plus grand luxe de détails l'usage que vous pourrez en faire. Vous ne pouvez vous servir du cheval que dans les limites tracées par le contrat. Votre droit d'usage a une limite objective. Si vous en sortez, vous sortez de votre droit.

» Au contraire, je vous loue un cheval purement et simplement, sans indications de conditions. Votre droit est à contenu illimité. Si vous surmenez le cheval, si par exemple vous lui faites trainer de trop lourds fardeaux, on dira, non pas que vous sortez de votre droit,

1. *Annales de la Faculté d'Aix*, 1906, p. 97.

mais que vous abusez de la permission, c'est-à-dire du droit qui vous a été accordé. »

Ceci prouve que le langage courant et le bon sens eux-mêmes distinguent l'absence du droit et l'abus du droit. Les explications précédentes ne sont que la traduction en langage juridique de ce qu'exprime le bon sens.

Enfin, les auteurs étrangers, comme les auteurs français, reprochent à notre conception de paralyser l'activité humaine, d'étendre exagérément le pouvoir des juges et de créer l'arbitraire.

Nous nous sommes déjà expliqué sur le premier point en mettant en relief le rôle de l'idée de solidarité dans la formation de la théorie de l'abus du droit. La solidarité, nous l'avons dit, n'est pas seulement un sentiment, mais aussi un fait. La société est un système de protection mutuelle des hommes les uns par les autres. Le droit tend de plus en plus à exprimer ce fait. La concurrence peut être légitime ou illégitime et son caractère est déterminé précisément par l'idée de solidarité sociale. Le tort causé à autrui dans l'exercice d'un droit n'est légitimement causé que si le fait de concurrence qu'il implique est lui-même légitime. Sans doute, la responsabilité se trouve ainsi élargie par suite de la multiplication des relations sociales. Mais l'activité ne se trouve entravée que dans la mesure où elle s'exercerait contrairement au devoir de solidarité.

En outre, a-t-on dit, la théorie de l'abus du droit nous conduirait à l'arbitraire du juge. Les magistrats se transformeraient en censeurs.

Nous avons vu M. Martin s'écrier, lors de la discussion de l'article 2 du Code fédéral suisse : « La prohibition de l'abus du droit autorisera le pouvoir judiciaire à en commettre chaque jour. A la vérité, nous n'avons aucune crainte de ce genre. Le Code suisse est trop récemment entré en vigueur pour que nous puissions en apprécier les résultats. Mais nous avons étudié la jurisprudence française et nous avons vu que ses décisions, dans toutes les matières où elle a consacré la notion d'abus du droit, sont frappées au coin d'une incontestable équité. Là comme ailleurs, la jurisprudence s'est montrée la fidèle interprète de la conscience sociale.

SECTION II

THÉORIES RESTRICTIVES DE LA NOTION D'ABUS DU DROIT

Ces théories, tout en admettant la règle *malitiis non est indulgendum*, n'en font l'application qu'à certains droits et la refusent pour d'autres. Entre la théorie de M. Esmein qui refuse toute application de notre règle et les théories des auteurs qui l'appliquent à tous les droits, ces théories font des distinctions que nous allons examiner.

I. — THÉORIE DE M. BUFNOIR

M. Bufnoir (1), après avoir posé en règle que celui qui use d'un droit qui lui est reconnu par la loi ne doit pas être rendu responsable pour les préjudices qu'il cause par l'exercice du droit, reconnaît que cette règle ne peut pas être acceptée sans tempéraments. Le savant maître admet que l'exercice d'un droit peut, quand il est abusif, constituer un fait illicite. Mais si le principe est sûr, jusqu'où pousser les conséquences de ce principe ? La jurisprudence moderne l'applique même au droit de propriété. Mais cette application, M. Bufnoir refuse de la faire. Ce serait pour lui poser en principe que toute faculté comprise dans le droit de propriété, toutes les fois qu'elle serait exercée dans le but de nuire et sans intérêt, ferait l'objet d'un délit civil. « S'il en est ainsi, les droits compris dans la propriété n'ont plus de légitimité en soi, en tant que faisant partie d'un ensemble qui, par sa matérialité, constitue le contenu du droit ; ils ne se justifient plus que par leur but, ils n'existent ou ne peuvent être valablement exercés que s'ils ont une cause légitime, en dehors du droit de propriété ; et cette cause est l'intention ou le mobile de celui qui les exerce. »

1. *Propriété et contrat*, p. 807-808.

La propriété n'est plus suffisante, donc, pour justifier seule l'exercice des facultés comprises en elle. Dirait-on que seulement certaines facultés sont susceptibles d'abus? Alors, il y aurait, dans un droit, des facultés principales et essentielles qui peuvent être exercées sans que leur auteur soit obligé de rendre compte du but qu'il a voulu atteindre, et des facultés accessoires dont le but doit être justifié.

Ce serait introduire dans l'exercice des facultés constitutives d'un droit réel une idée analogue à la conception de la cause. Et M. Bufnoir ne voit pas que la théorie de la propriété pourrait justifier cette conception. La loi a déterminé par l'admission de servitudes légales et administratives dans quelle mesure un propriétaire peut user de son droit, et c'est le cas de dire : « Ce qui n'est pas défendu par la loi doit être permis (1). »

Nous avons eu déjà, à propos du droit de propriété, l'occasion de nous occuper de la théorie de M. Bufnoir. Nous l'avons repoussée. En effet, nous ne comprenons pas pourquoi on ferait une distinction entre le droit de propriété et les autres droits. Si l'abus « intentionné et calculé » de toute autre droit est un acte illicite, pourquoi en serait-il autrement du droit de propriété? Ce serait partir, pour aboutir à cette conclusion, de la notion d'un droit de propriété absolu et illimité. Mais

1. *Loc. cit.*, p. 809.

cette conception du droit de propriété est aujourd'hui battue en brèche, et si la conception de l'abus du droit est vraie pour les autres droits, elle doit être également vraie pour le droit de propriété.

2° PREMIÈRE THÉORIE DE M. SALEILLES

M. Saleilles, qui a depuis, comme nous le verrons, changé d'opinion, soutient dans son ouvrage sur *Les Accidents du travail et la responsabilité civile* (1) que l'exercice d'un droit ne peut donner lieu à responsabilité que si le demandeur prouve l'existence d'une faute qui détruit « le caractère de légitimité » du fait accompli. Pour l'existence de cette faute, M. Saleilles distingue « le cas où l'on exerce un droit positif dans les conditions mêmes où la loi l'a prévu et consacré » et le cas « où l'on ne fait qu'user d'une faculté générale comprise dans un droit plus complexe, admis ou reconnu par la loi, mais sans que la loi eût réglé la façon de l'exercer et sans qu'elle eût entendu se porter garante de tous les abus qui pourraient en être faits ». Dans le premier cas, l'intention de celui qui exerce son droit est indifférente, dans le second cas il y a lieu à responsabilité en cas d'usage abusif ou d'intention de nuire.

M. Saleilles ne précise pas cette distinction entre

1. N° 45, p. 66 et 67.

l'exercice d'un droit positif et l'usage d'une faculté comprise dans un droit plus complexe. Si nous cherchons cette précision ailleurs que dans *les Accidents du travail et la responsabilité civile*, nous trouverons dans son étude sur la théorie générale de l'obligation (1) une distinction entre l'exercice de la liberté et l'exercice d'une faculté légale qui se rattache à un droit défini (la propriété, l'autonomie des contrats, la poursuite judiciaires des droits). Mais cette distinction, M. Saleilles la combat : « Rien n'est plus faux, dit-il, que cette cristallisation que l'on a voulu opérer de certaines facultés individuelles, pour en faire des droits positifs intangibles, alors que toutes les autres rentreraient dans l'exercice vague de la liberté, laquelle ne serait un droit garanti que dans son principe et sa virtualité, et non dans ses manifestations concrètes. »

Cette distinction donc nous la repoussons, il importe peu que le droit qu'on exerce soit plus ou moins défini, que ses limites soient plus ou moins certaines, nous appliquerons à tous les droits la théorie de l'abus du droit. La seule différence que nous admettons, entre la jouissance de la liberté et l'exercice d'un droit défini, est celle que M. Saleilles admet dans son étude sur les obligations ; c'est une différence purement quantitative, « en ce que, comme le dit M. Saleilles, pour être con-

1. P. 370, n. 11.

traire aux mœurs, et pour être anormal, un fait de propriété devra être bien autrement abusif qu'un fait de liberté, de telle sorte que, le plus souvent, ce sera uniquement le but psychologique de l'acte qui en déterminera sa matérialité délictuelle. Si peu qu'un acte de propriété soit utile à celui qui l'accomplit, et qu'il entre dans la destination économique de la chose objet de droit, il sera conforme à l'usage et ne constituera jamais un abus du droit, tandis qu'il suffira, pour qu'un fait de liberté engage la responsabilité de son auteur, qu'il risque de porter préjudice à autrui. L'une des sphères d'activité est plus large que l'autre ; mais le principe de responsabilité est le même » (1).

SECTION III

THÉORIES EXTENSIVES DE LA NOTION D'ABUS DU DROIT

Ces théories appliquent l'abus du droit sans distinction, à tous les droits. Tout droit, défini ou non, est susceptible d'abus. Qu'il ait conquis sont individualité, qu'il soit parvenu à l'état de droit défini, de droit nommé, comme le qualifie M. Josserand, ou qu'il soit resté confondu dans la liberté, chaque droit est

1. *Loc. cit.*, p. 372 en note. — Cf. Josserand, *loc. cit.*, p. 69 et s.

susceptible d'abus. Un droit a beau se préciser, il ne change pas d'essence : il constitue toujours une émanation de la liberté. La précision n'a dû lui être donnée que dans un désir de sécurité sociale. Comment cette précision pourrait-elle faire d'un droit un instrument antisocial ? « Admettre l'abus de la liberté, dit M. Josserand (1) (et il n'est pas possible de le nier) c'est donc admettre du même coup l'abus des droits, puisque la liberté n'est autre que le droit souche, la matière première sur laquelle tous les droits nommés sont pris et dont il ne sont en définitive que la monnaie ayant cours certain et légal ».

Mais si la grande majorité des auteurs sont d'accord sur ce point de départ, les divergences apparaissent lorsqu'il s'agit de déterminer le critérium d'après lequel on reconnaîtra l'abus du droit.

Entrons dans le détail en examinant les diverses théories.

1° L'ABUS DU DROIT SE CARACTÉRISE

PAR L'INTENTION DE NUIRE

Ce critérium purement subjectif réunit la grande majorité des auteurs. Ce critérium est celui de M. Bufnoir pour tous les droits, à l'exclusion, comme nous

1. P. 71, *loc. cit.*

l'avons vu, du droit de propriété (1). C'est le même critérium qu'adopte M. Sourdat (2) : « Nous pensons, dit-il, qu'il y aurait véritablement faute et délit, dans le sens de l'article 1382 du Code civil, de la part de celui qui, ayant plusieurs manières d'exercer son droit, aurait choisi sans nécessité et dans le dessein manifeste de nuire, celle qui peut être préjudiciable à autrui », le même qu'adoptent M. Larombière (3), M. le Procureur général Ronjat (4). De même, M. Charmont (5) pense que c'est cette solution qu'il faut admettre, parce que seule elle offre une protection nécessaire contre les dangers auxquels nous expose la théorie de l'abus du droit. « Elle n'est pas très ancienne, dit-il, ou, tout au moins, a pris depuis quelques années une grande importance. On l'accueille favorablement parce qu'elle fournit le moyen de prévenir l'injustice qui naît de l'extrême vigueur du droit. Mais, si nous qualifions d'abusif tout usage d'un droit qui nous choque et qui nous déplaît, le droit lui-même ne présentera plus aucune sérénité. On se lassera bientôt de l'arbitraire du juge et l'on reviendra par réaction à la règle : *qui suo jure utitur neminem lædit*. »

1. *Propriété et contrat*, p. 808.

2. *Traité de la responsabilité*, t. I, n° 439.

3. *Théorie des obligations*, t. V, p. 693.

4. *Conclusions* S. 93. 1. 41. — V. aussi G. Ferron, S. 1905. 2. 20.

Il exige que l'intention de nuire soit l'unique mobile de l'acte incriminé.

5. *Examen doctrinal (Revue critique*, 1898).

Mais il semble que dans cette question de l'abus du droit il faut que tous se contredisent. Dans son article paru dans *la Revue trimestrielle de droit civil* (1), convaincu presque par les critiques que M. Saleilles adressait à ce critérium purement subjectif, il reconnaît l'avantage qu'il y aurait à ce que l'accord se fit sur la formule objective de M. Saleilles. « Jusqu'à présent, dit M. Charmont, nous avons été surtout frappé par les cas où l'abus du droit semblait pouvoir être caractérisé par l'intention de nuire ; mais nous reconnaissons que ces cas ne sont pas les seuls qui puissent se présenter. La détermination du but économique social du droit exerce peut-être un meilleur critérium. »

Mais M. Saleilles qui présentait une formule objective dans son *Traité sur les obligations* (2), revient dans son rapport sur l'abus du droit (3) au critérium subjectif. Il définit l'abus du droit de la façon suivante : « Étant donné un acte licite en lui-même par ses conditions extérieures et matérielles, il y a abus de droit s'il est permis de considérer cet acte comme illicite et contraire au droit, uniquement à raison de son but intentionnel (4). D'après M. Saleilles, le domaine de la responsabilité sera partagé par trois catégories d'actes :

1. 1902, p. 113 et suiv.

2. P. 370, n. 1 (2^e édition, 1901).

3. Rapport présenté à la première sous-commission de la commission de révision du Code civil, 1905.

4. *Loc. cit.*, p. 13.

1° L'exercice du droit qui, par les conditions où il se produit dépasse le contenu du droit et rentre dans le domaine général de la liberté, et engage la responsabilité dès qu'il cause un dommage ;

2° L'exercice du droit qui reste un fait licite et par ses conditions matérielles et par ces conditions intentionnelles, rentrant dans le contenu parfaitement normal et dans la sphère d'activité du droit, mais qui implique acceptation des risques, et qui engage par suite réparation des dommages ;

3° L'exercice du droit qui reste encore licite dans sa matérialité et qui constitue, lui aussi, une faculté comprise dans la sphère d'application du droit, mais qui devient, non seulement un fait de risque, mais un fait contraire au droit, abusif et désormais illégal, par le caractère antisocial du but intentionnel qui en marque la destination : c'est l'abus du droit.

2° L'ABUS DU DROIT SE CARACTÉRISE PAR L'ABSENCE DES MOTIFS LÉGITIMES (théorie de M. Josserand)

M. Josserand (1) pense qu'il ne faut pas lier indissolublement les deux idées d'intention nocive et d'abus du droit. Il convient d'abord d'élargir cette dernière notion

1. *Loc. cit.*, p. 53 et suiv.

comme le fait la jurisprudence (1), il faut assimiler la faute lourde, celle que ne doit point commettre même un homme de sens médiocre, avec l'intention malicieuse, avec la faute intentionnelle. « Alors va s'élargir, dit M. Josserand (2), la conception de l'abus des droits, plus considérablement même qu'on ne pourrait le supposer à première vue, car la faute lourde commise dans l'exercice d'un droit n'est point une éventualité chimérique : elle peut revêtir bien des aspects, mais notamment résulter de ce qu'un individu a exercé son droit de façon préjudiciable à autrui sans profit pour lui-même : on comprend parfaitement que je puisse, fût-ce au prix d'un dommage infligé à mon voisin, accomplir un acte de propriété qui me soit profitable, car si un droit m'a été concédé, c'est afin que je l'utilise, mais ce qu'on ne conçoit pas, c'est que je puisse sans profit réel ni même possible, exercer mon droit de telle façon qu'il préjudicie à autrui. Car il y aurait alors un préjudice perdu, causé en pure perte, donc une faute lourde commise par le titulaire et qui engage, vis-à-vis de la victime, sa responsabilité ; il importe que la formule pessimiste de Montaigne ne soit pas encore dépassée et que le dommage de l'un se solde du moins par le profit de l'autre. »

Mais M. Josserand ne s'arrête pas à cette nouvelle

1. Cass., 11 juin 1880 (D. 91. 1. 193) *supra*, cité. — Cass., 10 juin 1902. D. 1902. 1. 854.

2. P. 55.

étape. Si l'exercice du droit devient abusif quand il est inspiré par une intention malveillante ou quand il est la conséquence d'une faute lourde, c'est que cet exercice est contraire au but du droit. Une fois cette prémise posée, la conclusion s'impose un droit ne peut être réalisé impunément qu'à la condition d'être mis par son titulaire au service d'un but licite, d'un motif légitime.

Le motif légitime est le critérium exact, définitif de l'abus du droit. Ainsi la théorie de l'abus du droit s'assure « un rayonnement sur le droit entier », « un avenir indéfini et une perpétuelle opportunité », parce que suivant les besoins de l'époque la notion du motif légitime se modifiera, et avec elle la théorie de l'abus du droit. « Grâce à cette flexibilité, le motif légitime fait de la notion de l'abus des droits une force évolutive de premier ordre, un instrument de progrès et d'assouplissement qui permet d'adapter aux besoins de la société toujours en marche des institutions vieilles, mais, grâce à lui, sans cesse rajeunies. Les formes juridiques ne se figeront plus dans une immobilité qui leur serait bientôt mortelle ; elles gardent le contact avec le monde des réalités ; elles vivent et elles se réalisent dans le milieu pour lequel elles furent créées (1). »

M. Tissier (2) dit aussi : « Il y a abus si le droit est

1. *Loc. cit.*, p. 59.

2. *Revue critique*, 1904, p. 506 et suiv.

exercé en vue de nuire à autrui, peut-être aussi si le droit est exercé sans intérêt ou sans motif légitime. » M. Hauriou emploie une formule du même genre lorsqu'il déclare que les droits ne doivent pas être exercés dans des buts « qui ne sont pas ceux du commerce juridique (1). » M. Génv (2) a le même sentiment : « Je suis, quant à moi, plutôt porté à croire que l'on ne découvrira la mesure juste et vraie des droits individuels qu'en scrutant leur but économique et social, et en comparant son importance à celui des intérêts qu'ils contrarient ».

Nous voilà sur un terrain différent de celui sur lequel se plaçaient les partisans de la doctrine subjective. On nous propose d'admettre comme critérium de l'abus, la détermination objective de la légitimité du but poursuivi. Et, dans cette doctrine même, la condition subjective en soi de l'intention nocive n'est appréciée que d'après sa matérialité objective. En d'autres termes, la mission du juge consiste moins à rechercher l'intention secrète de l'auteur d'un acte dommageable, qu'à voir, si d'après les conditions de fait, l'acte dommageable était destiné ou non à sauvegarder un intérêt légitime, un but licite. M. Duffau-Lagarosse qui trouve lui aussi l'absence d'intérêt licite comme constitutive d'abus (3),

1. Note S. 1905. 3. 17.

2. *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, p. 544.

3. *Droit aux dommages-intérêts dans le louage de services à durée indéterminée* (*Revue critique*, 1899, p. 479).

remarque que l'idée d'abus du droit résultant de l'intention de nuire n'est qu'une application du principe général qu'il vient de poser et qu'il en serait de même « au cas où, en dehors de tout dessein de nuire, l'exercice du droit reposerait sur un intérêt contraire à la loi ou à la morale, un tel intérêt n'étant certainement pas susceptible d'engendrer des conséquences juridiques ».

III. — L'ABUS DU DROIT SE CARACTÉRISE NON SEULEMENT PAR L'INTENTION DE NUIRE, MAIS AUSSI PAR LA FAUTE DE NÉGLIGENCE OU IMPRUDENCE (Théorie de M. Capitant).

Dans son article sur les obligations du voisinage (1), M. Capitant pose en principe que l'exercice du droit ne dégénère en faute que dans deux cas :

1^o *Faute d'intention*. — Le droit est exercé d'une façon vexatoire dans le but de nuire, lorsqu'il applique l'adage : *malitiis non est indulgendum*.

2^o *Faute de négligence*. — Celui qui exerce le droit aurait pu, en prenant certaines précautions éviter le dommage qu'il a causé à autrui. S'il ne l'a pas fait il a commis une faute dans l'exercice de son droit.

M. Capitant, ne dit pas que dans le second cas il y a

1. *Revue critique*, 1900, p. 156 et suiv.

abus de droit, mais on est tenté de croire que tel est son opinion, puisque le savant maître assimile le second cas — l'hypothèse de la négligence au premier — l'hypothèse de la malveillance, qui rentre certainement dans la notion d'abus de droit.

Cette théorie de M. Capitant est confirmée par la jurisprudence de la chambre des requêtes sur les actions intentées en justice, ainsi que par celle relative aux voies d'exécution. Mais nous avons de l'abus du droit une idée beaucoup plus large, puisque nous avons admis à propos du droit de propriété que la responsabilité du propriétaire peut être engagée en dehors de toute négligence ou imprudence.

IV. — LA THÉORIE DE M. SALEILLES :

L'EXERCICE ANORMAL DU DROIT EST ABUSIF.

M. Saleilles, dans la seconde édition de son ouvrage sur les obligations, consacre une longue note à exposer ses vues sur la théorie de l'abus du droit(1). Il est partisan du critérium objectif de l'abus : « rien n'est plus dangereux en effet, ou sinon rien n'est plus inutile, que de vouloir s'en remettre uniquement à la psychologie individuelle du soin de fournir le critérium de l'abus de droit : il n'est personne qui ait en pareil cas l'ingénio-

1. P. 310, n° 1.

sité d'avouer qu'il n'avait d'autre but que de nuire à autrui ». La véritable formule serait celle qui verrait l'abus dans l'exercice anormal du droit, dans l'exercice contraire à la destination économique ou sociale du droit subjectif, exercice réprouvé par la conscience publique. « Et alors, si l'on se place à ce point de vue, le dommage lorsqu'il résulte d'un procédé condamné par les mœurs, n'a pas besoin forcément d'être intentionnel, pour que le fait d'où il procède soit illicite. L'abus du droit se caractérise par son côté objectif et non par son but, ce qu'il faut dire, c'est qu'un acte dommageable qui aurait eu pour but exclusif le préjudice réa-lisé, serait par lui-même, un acte conjectivement contraire aux mœurs ; mais cette même atteinte aux mœurs peut se présenter dans le seul fait d'un exercice anormal, alors même qu'il ne serait qu'imprudent ».

Avec sa formule, M. Saleilles croit qu'on réussit à « matérialiser le délit civil », à jeter « par-dessus bord le côté psychologique du droit ».

La formule que M. Saleilles propose a le défaut de confondre avec les actes abusifs du droit, les actes qui dépassent le contenu du droit et les actes qui rentrent dans la notion du risque. En vérité, le savant et regretté maître dit qu'un acte anormal « dépasse le contenu du droit, puisque tout droit, au point de vue social, est relatif et qu'il n'y a pas des droits absolus, pas même la propriété », et plus bas il dit que le fait antisocial

est un fait de risques « un fait qui, par lui-même et par sa nature emporte et implique des risques ».

Le même critérium donc, l'anormalité de l'exercice du droit, sert à M. Saleilles pour déterminer les faits abusifs, les faits excessifs et les faits de risques. Or, il importe de distinguer ces trois catégories d'actes, comme nous l'avons très souvent dit, et nous ne pouvons pas adopter le critérium proposé par M. Saleilles.

Nous avons dit plus haut que la cause de la diversité des théories est le désir de concentrer en une formule unique, qui pourrait s'appliquer à tous les cas, les divers critères qui servent à distinguer l'abus de l'exercice licite d'un droit. Cette tâche difficile n'a été accomplie par aucun auteur. Mieux vaut, sans prétendre à construire une théorie, étudier attentivement le mouvement jurisprudentiel et exposer les résultats de cette étude. Vouloir enfermer tous ces résultats en une formule unique, c'est peut-être tenter une œuvre vaine.

CONCLUSION

Nous croyons avoir accompli le double devoir qui, ainsi que nous le disions dans l'introduction de ce travail, incombe au jurisconsulte.

Nous avons vu comment s'est formée la théorie de l'abus du droit, ce qu'elle est aujourd'hui. D'autre part, nous l'avons justifiée en montrant qu'elle est en pleine harmonie avec l'évolution du droit, spécialement en matière de responsabilité.

Parfaitement intelligente en elle-même, ne renfermant aucune contradiction véritable, éminemment conforme à l'utilité sociale, puisqu'elle n'est qu'un aspect de la socialisation du droit, cette notion méritait le droit de cité qu'elle a conquis dans la science juridique.

Comme le disait M. Charmont (1), elle a été la forme juridique constante de l'évolution sociale. Elle s'est considérablement développée et fixée à notre époque, en conséquence de la multiplicité des rapports sociaux et

1. *Loc. cit.*, p. 119.

des transformations subies, par là même, par la conscience juridique.

Il est vraisemblable que, la complexité de la vie sociale augmentant sans cesse, notre théorie est appelée à recevoir des applications de plus en plus larges et fréquentes.

Nous croyons que, de plus en plus, on ne découvrira la vraie mesure des droits individuels qu'en recherchant leur but économique et social. A propos de chaque droit, il faudra mettre en balance, pour savoir si son exercice est légitime ou abusif, les considérations morales, sociales et économiques qui se trouvent impliquées dans le conflit des intérêts en présence.

Sans doute, nous verrons ainsi le cercle du droit de responsabilité s'élargir continuellement et envahir celui de la morale. Mais nous aurions mauvaise grâce à nous en plaindre. « La théorie de l'abus du droit, dit M. Coroï (1), marque un rapprochement de ces deux cercles, qui, dans une évolution parfaite, devraient se confondre. L'obligation de ne pas nuire aux autres, qui ne relevait auparavant que de la conscience, est devenue aujourd'hui une obligation de droit positif. »

M. Sourdat, dans son *Traité de la responsabilité*, a même écrit que « l'exercice de nos droits doit toujours être limité par le principe de la charité qui nous com-

1. *Loc. cit.*, p. 263.

mande de ne point faire aux autres ce que nous ne voudrions pas qu'il nous fût fait ». Cette affirmation généreuse est le triomphe de l'idée d'abus du droit. Ce qui est certain, en tout cas, c'est que la liberté est susceptible d'abus. Or, chaque droit, nommé et défini par la loi, n'est autre chose qu'une émanation de la liberté. « Admettre l'abus de la liberté, dit M. Josserand (1), et il n'est pas possible de le nier, c'est admettre du même coup l'abus des droits, puisque la liberté n'est autre que le droit souche, la matière première sur laquelle tous les droits nommés sont pris et dont ils ne sont en définitive que la monnaie ayant cours certain et légal. »

« Le droit, dit encore M. Beudant (2), se confond avec la liberté humaine dont il n'est que le dérivé ou l'application »

Celui qui abuse de son droit, c'est-à-dire de sa liberté, doit en être responsable. La conception de l'abus du droit, en somme, ne signifie pas autre chose.

Puisque, en définitive, la notion de l'abus du droit est fondée philosophiquement, juridiquement et pratiquement, il y a lieu de l'inscrire dans le Code civil révisé.

On peut discuter sur le point de savoir de quelle manière il convient de l'y introduire.

1. *Loc. cit.*, p. 71

2. *Introduction au Cours de droit civil*, p. 7.

Faut-il adopter la méthode allemande ou la méthode suisse, c'est-à-dire celle de la réglementation minutieuse ou d'une formule générale? De plus, faut-il placer la théorie de l'abus du droit au frontispice du Code, dans le titre préliminaire lui-même et en faire un principe général qui domine l'ensemble de notre système juridique? Ou bien faut-il rattacher cette notion à l'article 1382 dont elle ne serait que le développement ou le complément?

Nous pensons qu'il faut soustraire la notion de l'abus du droit au domaine vraiment insuffisant de l'article 1382. En effet, l'abus du droit est un acte essentiellement antisocial et contraire au droit, ce n'est pas uniquement sur le terrain de la responsabilité qu'il importe de l'entraver, c'est aussi sur celui de la prévention. Il est possible qu'on puisse empêcher un acte contraire au droit de se commettre; la voie du référé, qui a reçu un si grand développement de nos jours en est, par exemple, un excellent moyen. Nous sortons donc nécessairement de la sphère de l'article 1382.

En outre, nous pensons qu'il vaut mieux, pour installer dans le Code le principe de l'abus du droit, avoir recours à une formule très générale, qui laisse aux tribunaux une grande liberté d'appréciation et d'adaptation, qu'à une réglementation minutieuse dans chaque matière déterminée.

M. Saleilles oppose le principe général formulé par le

Code suisse à la réglementation détaillée du Code allemand. Il donne la préférence au Code suisse « cette œuvre admirable, dit-il, fait pour un pays de vraie démocratie, dans lequel il fallait avant tout créer un organe toujours vivant d'individualisation de droit, d'évolution et de progrès ; et ce ne peut être que le pouvoir judiciaire, évoluant dans le cadre d'une législation souple et flexible, se prêtant à toutes les complexités de la vie sociale d'un peuple qui n'entend pas s'immobiliser dans une formule hiératique, qui acceptera bien de la prendre pour son guide, et non d'en faire un lien qui l'enchaîne » (1).

Nous ne saurions mieux dire. C'est la jurisprudence qui vivifie les formules légales ; c'est elle qui, après avoir mis en œuvre jusqu'ici la notion d'abus du droit, continuera à l'assouplir à toutes les nécessités de la vie sociale.

1. *Le Code civil et la méthode historique* p. 103 dans le *Livre du Centenaire*.

Vu : le Président de thèse,

CAPITANT

Vu : le Doyen,

CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Poitiers,

LIARD

BIBLIOGRAPHIE

- ACCARIAS. — Précis de droit romain, 2 vol., 4^e édition, 1886-1891.
- ALEXANDRESCO. — Dreptul civil roman. Bucarest.
- ALGIU. — *Error communis facit jus*. Thèse de Paris, 1912.
- ALLARD. — Les Esclaves chrétiens.
- APPERT. — Les Droits du propriétaire vis-à-vis de ses voisins (Revue trimestrielle de droit civil, 1906, p. 71 et suiv.).
- Note S. 1904.2.217.
- Note S. 1905.2.41.
- Note S. 1899.1.33.
- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français en 8 vol., 4^e édition. Paris, 1869-1878. La (cinquième édition est en cours de publication.)
- BARDE et BAUDRY-LACANTINERIE. — Des obligations, 4 vol., 1906-1908.
- BOSC. — Essai sur les éléments constitutifs du délit civil. Thèse de Montpellier, 1901.
- BUTTIN. — L'Usage abusif du droit. Thèse de Grenoble, 1904.
- BLONDEL. — Note S. 1897.1.273.
- BUFNOIR. — Propriété et contrat, 1900.
- BONCOUR. — Les Rapports de l'individu et les groupements professionnels. Thèse de Paris, 1900.
- BOULLANGER. — Note, p. 1878, 523.
- BARBIER. — Code expliqué de la presse.

- BOURGEOIS. — Essai d'une philosophie de la solidarité.
- BOUTROUX. — Rôle de l'idée de solidarité.
- BEUDANT (Ch.). — Cours de droit civil français.
- CHAVEGRIN. — Note S. 1887. 1. 141.
- CHAUVEAU et BAUDRY-LACANTINERIE. — Des biens.
- CHAUVEAU. — Note aux Pandectes françaises, 1893. 1. 481.
- CAPITANT. — Des Obligations du voisinage (*Revue critique*, 1900, p. 156, 228).
- Note D. 1908. 2. 49.
- CORBESCO. — Devoirs moraux et obligations légales. Thèse de Paris, 1903.
- CUQ. — Les Institutions juridiques des Romains. 2 vol. Préface de M. Labbé.
- CÉZAR-BRU et MORIN. — La Faute, le risque, l'abus du droit (*Annales des Facultés d'Aix*, avril-juin 1906).
- CHARMONT. — L'Abus du droit (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 113 et suiv.).
- Examen de jurisprudence dans la revue critique de 1895, p. 609 ; 1898, p. 129, 137 et 142 ; 1905, p. 323 ; 1900, p. 12.
- Le Droit et l'esprit démocratique, 1908.
- La Socialisation du droit (*Revue de métaphysique et de morale*, 1902).
- Les Transformations du droit civil. Paris, 1912.
- COROI. — La Théorie de l'abus du droit et de l'excès de droit en droit français. Thèse de Genève, 1910.
- CHARRIER. — Les Droits du critique littéraire et dramatique.
- DOMAT. — Les Lois civiles dans leur ordre naturel, 2 vol.
- DEMOLOMBE. — Cours du Code Napoléon, 31 vol.
- DUFFAU-LAGAROSSE. — Du droit aux dommages-intérêts dans le louage de services à durée indéterminée. *Revue critique*, 1899, p. 494).
- DORVILLE. — De l'intérêt moral dans les obligations (Thèse de Paris, 1901).
- DOBROVICI. — L'Abus du droit. Thèse de Paris, 1911.

- DUVERGIER. — Revue française et étrangère de législation,
t. X, 1843, p. 425 et 601.
- DUCROCQ — Cours de droit administratif, 6^e édition, 2 vol.,
1881. Une édition nouvelle en 6 volumes a paru de
1897 à 1906.
- DESSERTAUX (Marc). — Abus des droits ou conflit des droits
(Revue trimestrielle, 1906, p. 119 et suiv.).
- DUVAL. — Conclusion dans Sirey, 98. 1. 17.
- DESJARDINS. — Conclusion dans Sirey, 97. 1. 27, sous cass.,
9 juin 1896.
- DEMOGUE. — Jurisprudence française (Rev. trim., 1905,
p. 127 et 886).
- ESMEIN. — La Jurisprudence et la doctrine (Rev. trim., 1902,
p. 5).
- Note S. 1898. 1. 17.
- ENDEMAN. — Einführung in das Studium des B. G.
- FERRON. — Note S. 1905. 2. 17; S. 1907. 1. 353.
- FOUILLÉE. — L'Idée moderne du droit.
- FROMAGEOT. — De la faute comme source de la responsabilité
en droit privé. Paris, 1891.
- FUSTEL DE COULANGES. — Cité antique.
- GALLOIS. — La Puissance paternelle. Thèse de Paris, 1899.
- GERMETTE. — Les Rapports de l'élément matériel et de l'élé-
ment intentionnel dans la responsabilité civile. Thèse
de Paris, 1903.
- GAUDEMET. — Les Codifications récentes et la revision du
Code civil (Liv. du Centenaire, II).
- Jurisprudence française (Rev. trim., 1909, p. 672).
- GENY. — Méthode d'interprétation et sources du droit privé
positif, avec une préface de M. Saleilles. Paris,
1899.
- Des Droits sur les lettres missives, 2 vol. Paris,
1911.
- Les Procédés d'élaboration du droit civil, dans les
méthodes juridiques. Conférences de MM. Larnaude,

- Berthélémy, Tissier, Truchy, Pillet, Garçon, Génv, avec une préface de M. Paul Deschanel, n° 13 des Etudes économiques et sociales.
- La Technique législative dans la Codification civile récente (Livre du Centenaire, 1).
 - Notes Pandectes françaises, 1896.1.337.
 - Articles dans la Revue de Législation des mines, année 1897 ; dans la Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur, 1897, t. VII.
 - Risque et responsabilité (Revue trim., 1902).
- GIERCKE. — Der Entwurf eines B. G. und das deutsche Recht.
- GIDE (Ch.). — Justice et charité ; Conférence du 22 fév 1899. Morale sociale, p. 214 (Revue d'économie politique, 1892, p. 588).
- GUY-COQUILLE. — Coutume du Nivernais.
- GUILLOUARD. — Traités divers faisant suite au grand Manuel de Demolombe.
- GIRARD. — Manuel de Droit romain, 4^e édition, 1906.
- GUYOT. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 2^e édit., 1784-1785, 17 vol.
- GARSONNET. — Traité théorique et pratique de procédure, 2^e édit., 1898, 8 vol.
- GÉRARD. — Les Torts ou délits civils en droit anglais. Thèse de Rennes, 1910.
- GLASSON. — Discours de M. le Doyen à la Sorbonne à l'occasion du Centenaire du Code civil (Revue critique, 1904, p. 542).
- HAURIOU. — La Science sociale traditionnelle.
- Droit administratif, 5^e édition.
 - Note S. 1905.3.17. S., 1897.3.33 ; S., 1903.3.1.
- HUC. — Commentaire du Code civil, 4 vol. parus de 1893 à 1901.
- HUBERT-VALLEROUX. — Note sous jugements dans la Revue socialiste, 1897, p. 229.

- IHERING. — Esprit du droit romain. Trad. Meulanaere, 4 vol.
— De la faute en droit privé. Trad. Meulanaere. Paris, 1888.
— Œuvres choisies. Trad. Meulanaere. Paris, 1888.
- JAY. — Note au S. 1897. 1. 25.
- JOSSERAND. — De l'abus des droits. Paris, 1903.
— De la responsabilité du fait des choses inanimées. Paris, 1897.
— Notes D. 1906. 2. 105.
— Notes D. 1908. 2. 73.
- JOUBERT. — L'article 1382 et la justice d'équité (Revue critique, 1906, p. 562).
- JULLIOT. — Le Problème de l'abus du droit dans ses applications à la locomotion aérienne (extrait de la Revue des idées, 1910).
- JAURÈS. — Études socialistes, p. 162.
- LÉVY (Emm.). — Exercice du droit collectif (Revue trim., 1903).
— Responsabilité et contrat (Revue critique, 1899).
— Exercice abusif du droit (Revue trim., 1903, p. 177).
- LABBÉ. — Note S. 1872. 1. 353 ; S. 1870. 2. 193.
- LARNAUDE. — La Question de la révision (Liv. du Centenaire, II).
- LACOSTE. — Note S. 1900. 2. 169.
- LESOUDIER. — Responsabilité du propriétaire du tréfonds vis-à-vis du propriétaire de la surface (Revue trim., 1906, p. 545 et suiv.).
- LAURENT. — Principes du droit civil français, 33 vol.
- LAROMBIÈRE. — Théorie et pratique des obligations, 7 vol. 1885.
- LOYNES (DE) et BAUDRY-LACANTINERIE. — Des hypothèques, 3^e édit., 1906, 3 vol.
- LOYNES (DE). — Notes D. 1890. 2. 25 ; 1891. 2. 75 ; 1893. 2. 40 ; 1894. 2. 393.
- LETELLIER. — Rapport. S. 1898. 1. 17.

- LYON-CAEN (Léon). — La Femme mariée allemande. Thèse de Paris.
- LÉON. — Fondement rationnel de la solidarité.
- LEROY. — Le Code civil et le droit nouveau, 1904.
- LAFFERRIÈRE. — Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux.
- MARX (Karl). — La Lutte des classes en France. Trad. Rémy.
- MENGER (Ant.). — Le Droit au produit intégral du travail, préface d'Andler.
- MAY. — Note S. 1878. 2. 249.
- MEYNIAL. — Note S. 1897. 4. 9 ; S. 1898. 1. 473.
- Sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire (Revue pratique, 1884, p. 441).
- MORIN. — La Sécurité des tiers dans les transactions immobilières et la maxime : *Error communis facit jus* (Annales des facultés de droit et des lettres d'Aix, avril-juin 1909).
- MICHEL (Léon). — La Responsabilité civile des patrons (Revue critique, 1907).
- MARTIN (Alfred). — L'Abus du droit et l'acte illicite (Zeitschrift für schweizerisches Rec. Heft., I. Ravel, 1896).
- MOREL. — Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles (Revue trim., 1908).
- MONGIN. — Le Droit de congé dans le louage de services (Revue critique, 1893).
- MORNET. — Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile (Liv. du Centenaire, I).
- PAUCESCO. — Tratatul obligatiunilor. Bucarest.
- PALANTE. — Précis de sociologie, 1906.
- POLLOCK. — The Law of torts.
- PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil, 3 vol. 5^e édition. Paris.
- Étude sur la responsabilité civile dans la Revue critique, 1905-1906.

- Notes au D., 1905. 1. 153; 1903. 2. 329; 1897. 1. 401; 1894. 2. 305; 1898. 1. 329.
- PICARD. — Le Droit pur. Paris, 1908.
- PIC. — La Rupture ou la suspension dans l'exécution du contrat de travail par l'effet des grèves (Revue trim., 1905, p. 27).
- POTHIER. — Œuvres annotées par M. Bugnet, 2^e édit. Paris, 1861-1862.
- PORCHEROT. — De l'abus du droit. Thèse de Dijon, 1901.
- PERREAU (Camille). — Examen de jurisprudence (Revue critique, 1904, p. 138).
- PERREAU (E.-H.). — Examen de jurisprudence (Rev. critique, 1908, p. 589).
- PLANCK. — Bürgerliches Gesetzbuch.
- REYNAUD. — L'Abus du droit. Thèse de Paris, 1904.
- RIPERT. — De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines. Thèse d'Aix, 1902.
- L'Exercice du droit et la responsabilité civile (Revue critique, 1906, p. 352).
- Examen de jurisprudence (Revue critique, 1908, p. 210; 1909, p. 141; 1911, p. 148 et suiv.).
Notes D. 1907. 1. 385.
- Pandectes françaises, 1905. 2. 319.
- ROSSEL et MENTHA (F.-H.). — Manuel de droit civil suisse, 1912. Lausanne.
- RONJAT. — Conculsions sous cass., 9 juin 1896. S. 1897. 1. 27.
- RAU. — Conclusions. D. 1895. 1. 250.
- SALEILLES. — Théorie générale des obligations, 2^e édition, 1901.
- De la déclaration de volonté, 1901. Paris.
- Introduction à l'étude du droit allemand.
- Le Code civil et la méthode historique (Liv. du Centenaire, I).

- De l'Abus du droit. Rapport présenté à la première sous-commission de la commission de revision du Code civil (Bulletin de la Société d'études législatives, 1905).
 - École historique et droit naturel (Revue trim., 1902).
 - Les Accidents du travail et la responsabilité civile, 1897.
 - De la Responsabilité précontractuelle (Revue trim., 1907).
 - Note D. 1897. 1. 433.
- SALANSON. — De l'abus du droit. Thèse de Paris, 1903.
- SOURDAT. — Traité général de la responsabilité, 5^e édition, 1902.
- SAUZET. — Étude sur le nouvel article 1780 du Code civil (les Annales de droit commercial, 1891, p. 106).
- SARRUT. — Note D, 1896. 1. 241.
- STEIN (Ludwig). — La Question sociale au point de vue philosophique, 1900.
- TIRLEMONT. — La Nature juridique de la grève et l'abus du droit de grève. Thèse de Lille, 1904.
- TISSIER. — Compte rendu sur le Code civil allemand (Revue critique, 1904).
- Le Code civil et les classes ouvrières (Liv. du Centenaire, I).
 - Le Centenaire du Code de procédure et les projets de réforme (Revue trim., 1906, p. 625).
- TEDESCHI. — L'Abuso del diritto. Thèse Torino, 1912.
- TEISSEIRE. — Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité. Thèse d'Aix, 1901.
- THALLER. — Revue critique, 1884, p. 390.
- TARDE. — Les Transformations du droit.
- VIVANTE. — Pénétration du socialisme dans le droit privé. Trad. française dans les Questions pratiques de législation ouvrière, 1903.

WAHL. — Responsabilité civile en matière d'accidents d'automobile (Revue trim., 1908).

— Responsabilité civile en matière de grève (Revue trim., 1908).

— Du motif de légitime rupture dans le contrat de louage de services (Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale, 1903). Notes au Sirey, 1903. 2. 225 et 233 ; 1903. 1. 465.

WOŁOWSKI. — Revue de législation, t. VI, p. 247.

WACHTER. — Wüstemb. Privatrecht.

Code civil allemand. Traduction du Comité de législation étrangère. Notes de MM. Saleilles, Gény, Lévy-Ulmann, etc.

Code civil suisse. Traduction de Virgile Rossel.

Bulletin sténographique de l'Assemblée fédérale suisse.

Bulletin officiel des débats parlementaires.

Les grands recueils de jurisprudence Sirey.

Journal du Palais, Dalloz, Pandectes françaises, Pasicrisie belge, et les répertoires.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5

PREMIÈRE PARTIE

LA FORMATION DE LA THÉORIE

CHAPITRE PREMIER. — L'Idée d'abus du droit jusqu'au	
Code civil.....	12
1° Droit romain.....	12
2° Ancien droit français.....	19
3° Code civil.....	22
CHAPITRE II. — La Jurisprudence.....	27
<i>Première section.</i> — Droits extra-contractuels.....	37
1° <i>Droit de propriété</i>	38
Examen de la jurisprudence.....	38
A. — Théorie sur la règle <i>malitiis non est indulgendum</i>	70
B. — Abus du droit de propriété caractérisé par le défaut d'intérêt sérieux et légitime.....	79
C. — Les Rapports de voisinage.....	81
2° <i>Droits de famille</i>	105
3° <i>Droit d'exprimer sa pensée</i>	110
A. — Droits de la presse.....	110
B. — Droits du critique.....	112
C. — Droits du romancier.....	113

D. — Droit de réponse.....	116
E. — Droit de donner des renseignements.....	117
4° <i>Droit de citer en justice et d'employer les</i> <i>voies légales</i>	118
A. — Citation en justice..	119
B. — Défense en justice.....	123
C. — Appel et autres voies de recours	126
D. — Voies d'exécution,.....	127
Section II. — Droits contractuels.....	131
1° <i>Refus abusif de contracter</i>	131
2° <i>Exécution du contrat</i>	135
3° <i>Résiliation des contrats</i>	136
A. — Droit de rompre une promesse de mariage.	137
B. — Résiliation d'un contrat de louage de ser- vices à durée indéterminée..	141
4° <i>Conflit entre hypothèques générales et spé- ciales</i>	151
5° <i>Exercice abusif du droit de grève</i>	156
CHAPITRE III. — Législations étrangères.....	174
1° Droit allemand.....	175
2° Droit suisse	178
3° Droit roumain.....	182
4° Droit anglais.....	185
CHAPITRE IV. — Analyse de la théorie.....	189
1° Critérium de l'abus du droit.....	189
2° La preuve de l'abus du droit.....	195
3° La sanction de l'abus du droit.....	199

DEUXIÈME PARTIE

CRITIQUE DE LA THÉORIE

CHAPITRE PREMIER. — La socialisation du droit.....	209
CHAPITRE II. — Évolution de la théorie générale de la responsabilité.....	226

CHAPITRE III. — Les théories.....	240
<i>Première section.</i> — Théories qui n'admettent pas la conception de l'abus de droit.....	241
<i>A.</i> — Théorie de M. Esmein.....	242
<i>B.</i> — Théorie de M. Planiol.....	245
<i>C.</i> — La théorie de M. Em. Lévy.....	252
<i>D.</i> — Système de M. Génv.....	258
<i>E.</i> — La théorie de M. Marc Desserteaux.....	262
<i>F.</i> — Autres objections dirigées contre notre théorie.....	265
<i>Section II.</i> — Théories restrictives de la notion d'abus du droit.....	269
1° Théorie de M. Bufnoir.....	270
2° Première opinion de M. Saleilles.....	272
<i>Section III.</i> — Théories extensives de la notion d'abus droit.....	274
1° L'abus du droit se caractérise par l'intention de nuire.....	275
2° L'abus du droit se caractérise par l'absence des motif légitimes (théorie de M. Josserand)... ..	278
3° L'abus du droit se caractérise non seulement par l'intention de nuire, mais aussi par la faute de négligence ou imprudence (théorie de M. Ca- pitant).....	282
4° La théorie de M. Saleilles. L'exercice anormal du droit est abusif.....	283
CONCLUSION.....	287
BIBLIOGRAPHIE... ..	293

IMP. DE LA LIBR. GIARD ET BRIÈRE, 16, RUE SOUFFLOT — 2057-13
